

*internazionali*, testo italiano a cura di Morresi, Giuffrè, 2008, 222 ss.

Rileva una certa affinità tra previsione di nullità con contestuale salvezza del resto e sostituzione della clausola nulla, perché in entrambi casi si conforma o adatta il contenuto del contratto, si fa cioè opera di

integrazione in senso ampio D'ADDA, *Invalidità*, 65, nt. 32. Accosta per affinità teleologica la riduzione, come nullità parziale, alla sostituzione, come integrazione legale ROPPO, *Nullità parziale*, 725.

VITTORIO BACHELET

## I

- CASS. CIV., sez. un., 4.9.2012, n. 14828  
Cassa App. Venezia, 27.8.2008

CONTRATTO IN GENERE - DOMANDA DI RISOLUZIONE - NULLITÀ - RILEVABILITÀ D'UFFICIO - AMMISSIBILITÀ (cod. civ., artt. 1421, 1453)

**Il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti ex actis, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione, volta ad invocare la forza del contratto. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla questione di nullità, ove, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta la relativa domanda.**

**Nell'un caso e nell'altro dovrà disporre, se richiesto, le restituzioni.**  
(*massima non ufficiale*)

[MASSIMA UFFICIALE: *Alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti «ex actis», una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressa-*

*mente rimesso alla volontà della parte protetta); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità «incidenter tantum» senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste]*

## II

CASS. CIV., II sez., 27.11.2012, ord. n. 21083

CONTRATTO IN GENERE - DOMANDA DI ANNULLAMENTO - NULLITÀ - RILEVABILITÀ D'UFFICIO - QUESTIONE DI MASSIMA DI PARTICOLARE IMPORTANZA - SUSSISTENZA (cod. civ., artt. 1421, 1441)

**Deve essere rimessa al Primo Presidente della Corte di Cassazione per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite la questione di massima di particolare importanza relativa al punto se la nullità del contratto possa essere rilevata d'ufficio non solo allorché sia stata proposta domanda di adempimento o di risoluzione del contratto, ma anche nel caso in cui sia domandato l'annullamento del contratto stesso.**

dal testo:

## I

**Il fatto.** 1) La controversia giunge all'esame delle Sezioni Unite perché involge la questio-

ne, controversa in dottrina e giurisprudenza, relativa alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto nell'ambito di una causa promossa per la risoluzione del contratto stesso.

Il (*Omissis*) l'odierno ricorrente A.K.A. stipulava contratto preliminare con il quale si impegnavano a dare in permuta la proprietà di un terreno di circa 4.500 mq, sito in (*Omissis*), alla impresa Silvo Costruzioni di B.S., la quale si obbligava a fargli avere la proprietà di 400 mq del fabbricato che avrebbe costruito sul fondo.

In pari data l'impresa del B. acquistava il terreno dal proprietario tavolare, tale sig. P.B.

Intervenuto il fallimento della impresa Silvo Costruzioni, nel 1995 il curatore fallimentare comunicava lo scioglimento del contratto L. Fall., ex art. 72, comma 4, e, in seguito alla dichiarazione del fallimento, nel (*Omissis*) veniva dichiarata interrotta la causa avviata nel 1993 nei confronti della impresa Silvo, ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Nel 2000 il dr. A. agiva per la risoluzione del contratto preliminare e la restituzione del terreno a favore proprio o, in via subordinata, del proprietario tavolare, terzo che aveva dato esecuzione al contratto. Il Fallimento Silvo Costruzioni resisteva, negando la legittimazione attiva dell'istante e il valore attribuito alle missive spedite dal curatore. Il tribunale, disattese le eccezioni pregiudiziali, rigettava la domanda, affermando che lo scioglimento del contratto aveva caducato la promessa di vendita e che le pretese del contraente *in bonis* dovevano essere soddisfatte mediante insinuazione al passivo.

1.1) In sede di appello il dr. A. chiedeva che fosse pronunciata la nullità del contratto preliminare per indeterminatezza dell'oggetto (omessa determinazione del fondo e delle porzioni di fabbricato). In subordine lamentava che la richiesta di restituzione del fondo non avrebbe potuto essere soddisfatta mediante l'insinuazione al passivo fallimentare, trattandosi di bene infungibile.

In giudizio interveniva la snc Floridia di Br.S. & C. snc, aggiudicataria del terreno, che aderiva alle ragioni del Fallimento.

La Corte di appello di Venezia con sentenza 27 agosto 2008 dichiarava inammissibile, perché nuova, la prima domanda; in proposito osservava di non poter rilevare di ufficio la nullità

del contratto, essendone stata richiesta inizialmente la risoluzione.

Rigettava il motivo di appello subordinato.

Il 14 marzo 2009 parte A. ha notificato ricorso per cassazione, affidandosi a tre motivi.

Il Fallimento Silvo costruzioni ha resistito con controricorso.

Dopo il deposito di memorie ex art. 378 c.p.c., la Prima Sezione civile, con ordinanza n. 25151 del 2011, ha rilevato l'esistenza di contrasto di giurisprudenza in ordine alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto e ha rimesso gli atti al Primo Presidente, che ha assegnato la causa alle Sezioni Unite.

**I motivi.** 2) Secondo l'orientamento dominante in giurisprudenza, "il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto ex art. 1421 c.c. va coordinato col principio della domanda fissato dagli artt. 99 e 112 c.p.c., sicché solo se sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice è tenuto a rilevare, in qualsiasi stato e grado del giudizio, l'eventuale nullità dell'atto, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti. Al contrario, qualora la domanda sia diretta a fare dichiarare la invalidità del contratto o la risoluzione per inadempimento, la deduzione (nella prima ipotesi) di una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda e (nella seconda ipotesi) di una qualsiasi causa di nullità o di un fatto costitutivo diverso dall'inadempimento, sono inammissibili: né tali questioni possono essere rilevate d'ufficio, ostandovi il divieto di pronunciare *ultra petita*" (tra le tante v. Cass. 2398/88; 6899/87). Cass. n. 1127/70 sostenne con chiarezza che la rilevabilità *ex officio* della nullità del contratto, sancita dall'art. 1421 c.c., opera, anche in sede di impugnazione, quando si chieda in giudizio l'applicazione del contratto, perché in tal caso "la legge stessa respinge con la forza dei suoi principi imperativi gli effetti che promanano da un negozio affetto da nullità assoluta".

Aggiunse che quando in giudizio non si chiede l'applicazione del contratto, ma la risoluzione di esso, il giudice non può dichiarare *ex officio* la nullità, perché il divieto di decidere su domande non proposte si concreta in un pre-

clusione all'esercizio della giurisdizione, la cui violazione "da luogo a vizio di extrapetizione".

Questo insegnamento si è tramandato con continuità di accenti (cfr. Cass. 14/71; 661/71; 3443/73; 243/77; 5295/78; 5766/79), sebbene significativamente resistito dalla coeva Cass. n. 578/70, la quale aveva, proprio in ipotesi di domanda di risoluzione di contratto preliminare relativo a compravendita nulla perché simulata, semplicemente osservato che la Corte di appello avrebbe dovuto senz'altro rilevare la nullità, "dal momento che la nullità può essere rilevata dal giudice anche d'ufficio" (v. anche Cass. 550/86).

2.1) Negli anni successivi, accanto a pronunce conformi all'orientamento tradizionale (indicativamente cfr. Cass. 4817/99; 1378/99; 4607/95; 4064/95; 1340/94; 141/93), costanti nel ribadire che la nullità del contratto è rilevabile d'ufficio, sempre che risultino acquisiti al processo gli elementi che la evidenziano, solo nella controversia promossa per far valere diritti presupponenti la validità del contratto stesso, non anche nella diversa ipotesi in cui la domanda prescindendo dalla suddetta validità, come quando la domanda sia diretta a far dichiarare l'invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione per inadempimento, mette conto segnalare, in senso opposto, qualche significativa presa di posizione del giudice di legittimità.

Trattasi di Cass. n. 2858/97 (e anche Cass. 6710/94), che ha ritenuto che "la nullità di un contratto del quale sia stato chiesto l'annullamento (ovvero la risoluzione o la rescissione) può essere rilevata d'ufficio dal giudice, in via incidentale, senza incorrere in vizio di ultrapetizione, atteso che in ognuna di tali domande è implicitamente postulata l'assenza di ragioni che determinino la nullità del contratto; pertanto il rilievo di quest'ultima da parte del giudice da luogo a pronuncia che non eccede il principio dell'art. 112 c.p.c."

2.2) Fino all'anno 2005, nel corso del quale il contrasto si è radicato con maggior vigore, si censiscono numerose sentenze ispirate all'orientamento tradizionale (v. Cass. n. 123/00; 12644/00; 13628/01; 435/03; 2637/03).

Cass. 3 sez. civ. 22.3.2005 n. 6170 ha vistosamente infranto questo fronte giurisprudenziale, affermando, in accordo con la dottrina qua-

si unanime, che le domande di risoluzione e di annullamento presuppongono la validità del contratto, dunque "implicano, e fanno valere, un diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto in discussione, non meno del diritto all'adempimento".

La Corte ha in quell'occasione evidenziato che la domanda di risoluzione contrattuale è animata da sostanziale identità di presupposti con la domanda di adempimento, secondo quanto riconosciuto da Cass. Sez. Un. 13533/01.

L'accertamento sulla nullità del contratto ha, secondo Cass. 6170/05, natura di pronuncia incidentale su una pregiudiziale in senso logico, con la conseguenza che: a) il giudice deve dichiarare d'ufficio la nullità negoziale in ogni caso; e b) l'accertamento d'ufficio ex art. 1421 c.c., ha effetto anche in successivi giudizi imperniati sul contratto dichiarato nullo, non perché si verta in ipotesi di cui all'art. 34 c.p.c., ma "perché l'efficacia della decisione di detta nullità, pregiudiziale alla statuizione di rigetto della domanda, costituisce giudicato implicito".

A pochi mesi di distanza, la sezione Lavoro della Corte (Cass. 19903/05) ha consapevolmente riaffermato l'orientamento precedente, ripetendo che la nullità può essere rilevata d'ufficio "solo se si pone in contrasto con la domanda dell'attore, solo se cioè questi ha chiesto l'adempimento del contratto, in quanto il giudicante può sempre rilevare d'ufficio le eccezioni, che non rientrino tra quelle sollevabili unicamente tra le parti e che soprattutto non amplino l'oggetto della controversia, ma che, per tendere al rigetto della domanda stessa, si configurano come mere difese del convenuto, dovendosi di contro pervenire a diverse conclusioni nei casi in cui la nullità si colloca non nell'ambito delle eccezioni ma nella zona delle difese dell'attore, che l'attore avrebbe potuto proporre, ma non ha proposto".

Secondo questa giurisprudenza, il rilievo di ufficio della nullità avverso la domanda di esecuzione di un negozio nullo serve ad impedire che vi sia una sentenza di accoglimento, che sarebbe un indice di legittimità di una situazione giuridica che potrebbe poi rivelarsi pregiudizievole per tutti i consociati.

Questa *ratio* non vi sarebbe nel caso di rilie-

vo in relazione ad azioni diverse da quelle per esecuzione. In queste azioni (risoluzione, etc.) l'eventuale rilievo non potrebbe portare ad un giudicato sulla nullità, ma solo ad una pronuncia incidentale.

La soluzione restrittiva, secondo Cass. 19903/05, sarebbe quindi preferibile perché: a) "evita una ingiustificata ingerenza nel potere delle parti di disporre delle eccezioni"; b) sarebbe conforme alla disciplina processuale che impone la completezza sin dall'inizio degli atti difensivi; c) previene "ampliamenti di poteri di iniziativa officiosa suscettibili di tradursi in un soggettivismo giudiziario, capace di incidere con ricadute negative anche sulla certezza del diritto".

2.3) L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite da conto del successivo radicalizzarsi delle due posizioni.

Il filone restrittivo ha trovato ripetute pedissequae conferme (cfr. Cass. 12627/06; 21632/06; 11550/07; 9395/11).

L'orientamento favorevole al rilievo d'ufficio della nullità anche ove sia stata domandata la risoluzione del contratto, ripreso da Cass. 23674/08, è stato arricchito da Cass. 2956/11.

Quest'ultima, relativa a un caso di pretesa restitutoria fondata su domanda di risoluzione di un contratto preliminare di vendita immobiliare concluso oralmente, ha giudicato corretto l'operato del giudice di merito di prime cure, il quale aveva rilevato la nullità del negozio e attribuito all'attore tutti i medesimi benefici della vita richiesto in citazione. Ha ritenuto che non sussistesse l'extrapetizione rilevata dal giudice di appello, giacché "rientra nel potere/dovere del giudice di individuare una patologia del contratto genetica e più radicale di quella azionata". Ha aggiunto che sarebbe altrimenti inutilmente procrastinata la soddisfazione della fondata pretesa alla restituzione, rimessa a un successivo giudizio e ha opportunamente osservato che in tali casi il giudice deve sottoporre al contraddittorio delle parti il rilievo officioso.

2.4) Intorno al problema del giudicato sono da segnalare altri arresti giurisprudenziali.

Cass. 8612/06 ha affermato che una sentenza di rigetto della domanda di risoluzione per inadempimento del conduttore nel pagamento dei canoni relativi ad un determinato periodo impedisce nel successivo giudizio, volto al conse-

guimento del corrispettivo della locazione, di rilevare d'ufficio la nullità del contratto (per vizio di forma), per essersi formato nel primo giudizio il giudicato sulla validità del contratto, che costituiva "presupposto logico giuridico essenziale" della prima decisione.

Su questa falsariga si è mossa anche Cass. 18540/09, che ha stabilito che il mancato appello avverso la sentenza di primo grado, la quale aveva implicitamente statuito sulla validità del contratto di cui era stata chiesta la risoluzione, aveva portato alla formazione del giudicato sul punto.

Alla base di queste pronunce, esplicitamente nella seconda, vi è quindi il convincimento che il giudice dovesse rilevare d'ufficio la nullità del contratto e che tale omissione, non censurata, renda il difetto del negozio non più oggetto d'eccezione rilevabile in sede di legittimità o in altro giudizio.

Sono chiare a questo punto le conseguenze che sorgono in entrambe le opposte prospettive: ove si creda che nel giudizio di risoluzione non possa essere sollevata l'eccezione, si dovrà predicare la necessità di un secondo giudizio per far valere la nullità.

Qualora si ritenga che nel giudizio di risoluzione debba e possa essere rilevata anche d'ufficio la questione di nullità, si dovrà credere, che, in mancanza, si è formato il giudicato sulla validità del contratto.

Cass. 11356/06 ha prospettato diversa soluzione.

Pur ponendosi nella linea della rilevanza officiosa del contratto *ex art.* 1421 c.c. anche nell'ipotesi di domanda di risoluzione di esso, ha osservato che la pronuncia di rigetto non costituisce giudicato implicito – con efficacia vincolante nei futuri giudizi – laddove le questioni concernenti l'esistenza, la validità e la qualificazione del rapporto che ne costituisce il presupposto logico – giuridico non abbiano costituito oggetto di specifica disamina e valutazione da parte del giudice.

3) Da un lato l'ulteriore frazionarsi del quadro giurisprudenziale; dall'altro le gravi incertezze derivanti dalla radicalizzazione delle conseguenze delle due tesi impongono la composizione del contrasto.

Occorre partire dai rilievi che da gran tempo la dottrina ha formulato con riguardo al rap-

porto tra azione di risoluzione e nullità del contratto.

Si è osservato che la domanda di risoluzione comporta l'esistenza di un atto valido, perché mira a eliminarne gli effetti. Domanda di adempimento e domanda di risoluzione implicano quindi allo stesso modo la richiesta di applicazione del contratto, presupponendo che esso sia valido.

La funzione dell'art. 1421 c.c., è di impedire che il contratto nullo, sul quale l'ordinamento esprime un giudizio di disvalore, possa spiegare i suoi effetti.

Il compito di far valere la nullità è in via di azione affidato a chiunque abbia interesse, ma al giudice, al quale si chiede di giudicare *secundum ius*, spetta di rilevare se un atto è nullo e quindi di evidenziare in giudizio la mancanza di fondamento di una domanda che presupponga la sussistenza dei requisiti di validità del contratto.

3.1) L'aver insistentemente negato che l'azione di risoluzione presupponga, dal punto di vista logico, la validità del contratto e che dunque sia possibile la risoluzione del contratto nullo è tesi invisita alla maggioranza della dottrina civilistica.

La spiegazione dell'atteggiamento giurisprudenziale ostile al rilievo officioso della nullità riposa sulla doppia natura della norma, che è all'incrocio tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Se si rammentano le ragioni della giurisprudenza maggioritaria sopra riassunte, si nota che la ritrosia delle Corti rispetto al rilievo della nullità del contratto nasce da timori di natura processuale, quali la violazione del principio di terzietà e dell'obbligo di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Ciò ha portato a una riduttiva lettura dell'art. 1421 c.c., ipotizzando che solo l'azione di adempimento richieda la verifica dell'esistenza dei requisiti di validità ed efficacia del negozio da cui è sorta l'obbligazione, questione su cui vi è invece da interrogarsi per ogni azione contrattuale.

Si è quindi verificata una inversione logica, prontamente segnalata in dottrina: per il timore dell'extrapetizione e quindi di ampliare indebitamente la formazione del giudicato, anziché ragionare sulla portata della decisione con-

seguinte al rilievo officioso della nullità, si è preferito restringere l'area in cui detta questione è rilevabile, limitandola (oltre che all'azione di nullità espressamente proposta) all'azione di adempimento.

Questa linea interpretativa non è più sostenibile.

3.2) Essa in primo luogo svislisce la categoria della nullità, l'essenza della quale, pur con i molti distinguo dottrinali su cui non è il caso di soffermarsi, risiede nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo.

La qualificazione negativa che l'ordinamento da del contratto viene elusa dall'orientamento fin qui dominante, il che è incoerente con l'insegnamento professato in ipotesi di domanda di esecuzione del contratto.

Si è infatti affermato (S.U. 21095/04) che la nullità può essere rilevata d'ufficio, in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti, quindi anche per una ragione diversa da quella espressamente dedotta, nel caso in cui sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione del contratto, la cui validità rappresenta quindi un elemento costitutivo della domanda; con la conseguenza che la contestazione della validità dell'atto non costituisce domanda giudiziale, bensì mera difesa, che non condiziona l'esercizio del potere di dichiarare d'ufficio la nullità per vizi diversi da quelli eccepiti.

3.3) In secondo luogo viene depotenziato il ruolo che l'ordinamento affida all'istituto della nullità, per esprimere il disvalore di un assetto di interessi negoziale.

Non può negarsi che, nonostante talune critiche degli operatori del diritto, esso è stato negli ultimi decenni ampliato, introducendo con la legislazione speciale nuovi casi di nullità contrattuale.

Questo ruolo trae forza anche dalla previsione della rilevanza di ufficio, che, salvi i casi di espressa deroga, contribuisce a definire il carattere indisponibile delle norme in tema di nullità.

Infatti, al di là delle distinzioni tra le stesse ipotesi di nullità previste nel codice, che anche in giurisprudenza sono state in proposito tentate, l'unica differenza che rilevi ai fini del disposto normativo in esame è quella ravvisabile



con le nullità per le quali sia dettato un regime speciale, come nel caso delle c.d. nullità di protezione, in cui il rilievo del vizio genetico è espressamente rimesso alla volontà della parte.

3.4) Con riferimento al regime delle nullità, occorre portare l'attenzione su quanto è stato stabilito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. 4, 4 giugno 2009, causa 0243/08 ha stabilito che il giudice deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga.

L'uso in questa sentenza del termine obbligo, anziché di quello facoltà, in precedenza comune, è stato inteso come acquisita consapevolezza del concetto di dovere dell'ufficio di rilevare la nullità ogniqualvolta il contratto sia elemento costitutivo della domanda.

Dunque non di facoltà propriamente trattasi, ma di obbligo, così come il verbo "può" usato nell'art. 1421 c.c., è da intendersi "deve", laddove la domanda proposta implichi la questione da rilevare e non si ponga quindi un problema di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Di sicura importanza è poi la sentenza Asturcom (6 settembre 2009 in procedimento C-40/08), in forza della quale il giudice è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale, affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola.

Dalla considerazione che la giurisprudenza comunitaria attribuisce al potere-dovere di rilievo d'ufficio della nullità, risulta ancor più appropriato parlare di disagio del civilista in caso di mancato uso dei poteri officiosi.

4) Si torna per questa via ai profili processuali, dai quali ha tratto spunto l'orientamento restrittivo.

Muovendo dal rilievo, sopra argomentato, che l'azione di risoluzione per inadempimento

è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, va detto che la nullità del contratto è un evento impeditivo che si pone prioritariamente rispetto alla vicenda estintiva della risoluzione.

Il giudice chiamato a pronunciarsi sulla risoluzione di un contratto, di cui emerga la nullità dai fatti allegati e provati e comunque *ex actis*, non può sottrarsi all'obbligo del rilievo e ciò non conduce ad una sostituzione dell'azione proposta con altra.

Soltanto fa emergere una eccezione rilevabile d'ufficio, che può condurre a variabili sviluppi processuali, ma con cui viene qualificata una ineliminabile realtà del rapporto controverso, senza squilibrare i rapporti tra le parti, né introdurre una materia del contendere che non faccia già parte dell'oggetto del giudizio.

In quel giudizio, che mira a riconoscere vigore al contratto, viene eccepito, anche d'ufficio, come d'obbligo, un impedimento costituito da un motivo di nullità, con la conseguenza, salvo quanto si dirà nel paragrafo seguente, del rigetto della domanda di risoluzione per una ragione che impedisce di accertare quale delle due parti sia inadempiente.

Opera così l'innegabile funzione oppositiva del potere-dovere di cui all'art. 1421, sicuramente individuata dall'orientamento restrittivo, ma da esso non ben coniugata con la regola di cui all'art. 112 c.p.c., giacché la decisione, in questi limiti, resta sicuramente nell'ambito del *petitum*.

La stessa funzione, si badi, non è con altrettanto nitore ravvisabile nel caso di azione di annullamento, il che peraltro rafforza il convincimento che si viene esprimendo in tema di azione di risoluzione.

Invero alcuni autori, nell'indagare la tematica che ci occupa e più in generale la funzione dell'azione di nullità, hanno evidenziato che la rilevazione incidentale della nullità è doverosa nei casi di azione per l'esecuzione o la risoluzione del contratto, ma non nel caso in cui siano allegati altri vizi genetici, come avviene nell'azione di annullamento.

La relativa domanda non postula la validità del contratto, sicché, sebbene la tradizione giurisprudenziale e dottrinale dell'orientamento favorevole al rilievo d'ufficio apparenti le ipotesi di risoluzione, annullamento e rescissione, andrà a suo tempo verificato se sussistano i presupposti per questa equiparazione.

4.1) Gli orientamenti giurisprudenziali sin qui manifestatisi hanno trascurato gli esiti processuali che pure la dottrina aveva intuito da molto tempo e che ha ora delineato con precisione anche grazie, da ultimo, alle modifiche degli artt. 101 e 153 c.p.c.

Sin dalla versione originaria del codice di rito, il secondo comma dell'art. 183 prevedeva il dovere del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio, – tra le quali senza dubbio rientra la nullità del contratto – con la possibilità di armonizzare il principio di cui all'art. 1421 c.c. con quelli del contraddittorio, della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

A seguito della riforma di cui alla L. n. 353 del 1990, l'introduzione del regime delle preclusioni ha reso ancor più stringente, per effetto delle scansioni temporali, questo obbligo del giudice (trasfuso prima nel terzo e ora nel quarto comma del medesimo articolo), indispensabilmente connesso alla conoscenza dei fatti di causa anche tramite la richiesta di chiarimenti, eventualmente in sede di libero interrogatorio.

È questo il manifestarsi del principio di collaborazione tra giudice e parti, e non un innaturale esercizio dei poteri processuali, come pure ha temuto parte della dottrina che ha sorretto l'orientamento restrittivo.

A seguito del rilievo officioso, le parti hanno possibilità di formulare domanda che ne sia conseguenza (arg. *ex* art. 183, comma 4, ora comma 5) e quindi anche la eventuale domanda di risoluzione potrà essere convertita in (o cumulata con) azione di nullità.

A favorire questo sviluppo processuale, che, è da credere, avrà corso nella maggior parte dei casi, confinando ad ipotesi residuali la insistenza esclusivamente nell'iniziale domanda di risoluzione, sono anche le recenti modifiche sopra indicate.

Il nuovo comma 2 dell'art. 101 c.p.c. (aggiunto dalla L. n. 69 del 2009, art. 45, ma già v. art. 384 c.p.c.) impone anche al giudice che sia in fase di riserva della decisione, se ritiene di porre a fondamento di quest'ultima una questione rilevata d'ufficio, di assegnare alle parti un termine per memorie contenenti osservazioni sulla questione.

L'art. 153 ha ampliato la facoltà di essere ri-

messa in termini della parte che sia incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile, come accade quando il rilievo officioso giunga tardivamente.

In tal caso il giudice dovrà, nei limiti schiusi dal rilievo stesso, consentire la formulazione di ogni conseguente deduzione.

Giova osservare che già la problematica era stata messa fuoco in relazione alla nullità della sentenza c.d. della terza via (si veda Cass. 14637/01).

Con pienezza di argomenti, Cass. 21108/05 ha successivamente precisato che il giudice che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve sottoporla ad esse al fine di provocare il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese, dando spazio alle consequenziali attività. La mancata segnalazione da parte del giudice comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria. Qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, cagiona, se fondata, non già la regressione al primo giudice, ma, in forza del disposto dell'art. 354 c.p.c., comma 4, la rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d'appello delle attività il cui esercizio non è stato possibile. È questa dunque la via da percorrere, che pone nel nulla tutte le perplessità in tema di extrapetizione, poteri del giudice e "soggettivismo giudiziario" a suo tempo fatte proprie dalla giurisprudenza maggioritaria riassunta *sub* 2.2.

4.1.1) Altro esito del rilievo d'ufficio della nullità e del relativo accertamento è l'accoglimento di ogni richiesta formulata unitamente alla domanda di risoluzione e compatibile con la diversa ragione rappresentata dalla nullità, come avviene nel caso di domanda restitutoria. Questa conseguenza si verifica senz'altro in ipotesi di modifica della domanda con richiesta di declaratoria della nullità.

Altrettanto avverrà però in ipotesi di rigetto – fondato sulla nullità contrattuale rilevata d’ufficio – della domanda di risoluzione, alla quale sia associata, anche originariamente, la richiesta di condanna alle restituzioni. Il rilievo della nullità fa venir meno la “*causa adquirendi*” e la richiesta di restituzione del bene consegnato in esecuzione del contratto, che era già stata formulata con la pretesa iniziale, sarà accolta sulla base di questo presupposto, senza bisogno di espressa dichiarazione della nullità.

Va infatti confermato che qualora venga accertata la mancanza di una “*causa adquirendi*” – tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente – l’azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo; ne consegue che, ove sia proposta una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e il giudice rilevi, d’ufficio, la nudità del medesimo, l’accoglimento della richiesta restitutiva conseguente alla declaratoria di nullità, non mutando la *causa petendi*, non viola il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (v. Cass. 2956/11 cit.) inoltre cfr. Cass. 9052/10; 1252/00; e anche 21096/05; 5624/09).

4.2) La ricostruzione del sistema ha conseguenze intuibili quanto al giudicato.

Qualora dopo il rilievo officioso sia stata formulata, tempestivamente o previa rimessione in termini, domanda volta all’accertamento della nullità e ad eventuali effetti restitutori, la statuizione sui punto, se non impugnata, avrà effetto di giudicato.

Nel caso in cui sia omissivo il rilievo officioso della nullità, e l’omissione venga fatta valere in sede di appello, il giudice del gravame dovrà rimettere in termini l’appellante e procedere secondo quanto dettato da Cass. 21108 cit.

Ove non sia formulata tale domanda, il rilievo della nullità fa pervenire al rigetto della domanda di risoluzione con accertamento *incidenter tantum* della nullità, dunque senza effetto di giudicato sul punto.

Il giudicato implicito sulla validità del contratto, secondo il paradigma ormai invalso (cfr

Cass, S.U. 24883/08; 407/11; 1764/11), potrà formarsi tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l’affermazione della validità del contratto.

5) Venendo alla fattispecie per cui è causa, alla stregua dei principi sopra affermati vanno accolti i primi due motivi di ricorso, con i quali viene censurata la sentenza della Corte veneziana perché ha negato la rilevabilità d’ufficio della nullità del contratto per indeterminatezza dell’oggetto.

Nell’atto di appello era stato infatti denunciato (pag. 4) che il tribunale di Rovigo avrebbe dovuto rilevare la questione in ogni stato del giudizio e dichiarare la nullità del contratto.

La Corte di appello ha ritenuto che sarebbe stata introdotta una nuova *causa petendi* a sostegno della pretesa di restituzione dell’immobile, ponendo a base di essa la nullità del contratto, non dedotta in primo grado.

Dovrà invece attenersi ai principi enucleati dalle Sezioni Unite e, ove ritenga sussistente la ipotesi di nullità contrattuale prospettata, valutare convenientemente e riesaminare sotto ogni aspetto, ivi compresi i rilievi di merito mossi in controricorso, le domande formulate dall’appellante. Resta assorbito il terzo motivo di ricorso, che attiene alla violazione della L. Fall., art. 72. Sulla necessità di agire concorsualmente per il recupero del bene può infatti pesare la eventuale declaratoria di nullità del contratto, con gli effetti conseguenti.

Discende da quanto esposto l’accoglimento del ricorso nei limiti suddetti, con enunciazione del seguente principio:

Il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti *ex actis*, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione, volta ad invocare la forza del contratto. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla questione di nullità ove, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta la relativa domanda. Nell’uno e nell’altro caso dovrà disporre, se richiesto, le restituzioni. La sentenza impugnata va cassata e la causa rinviata per nuovo esame ad altra sezione della Corte di appello di Venezia, che provvedere



anche in ordine alle spese di questo grado di giudizio. (*Omissis*)

[VITTORIA *Presidente* – D'ASCOLA *Estensore* – CICCOLO *P.M.* (concl. diff.). – A.K.A. (avv. Taddei) – Fall. Silvio Costruzioni (avv.ti Manferoce e Casalini) – Florida S.n.c.]

## II

**Il fatto.** Con atto notificato il 23 febbraio 1999 V.A. conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Milano, F.L., in proprio e quale socia della società semplice GID Novecento, e M.M., quale socio della società semplice GID Novecento, per sentir, in via rescindente, dichiarare la nullità e/o annullare il lodo pronunciato in data 23 novembre 1998 dal Collegio arbitrale a seguito di procedimento per arbitrato irrituale e di equità transattiva, instauratosi tra le stesse parti e, in via rescissoria, riesaminare nel merito le statuizioni arbitrali. Queste ultime attenevano in particolare alle contrapposte domande di adempimento o di risoluzione di due distinti contratti preliminari, con cui era stata prevista la costituzione di una società in nome collettivo, il conferimento nella stessa di determinati beni e la successiva cessione delle quote della detta società al V. nonché l'alienazione di un capannone industriale. Il Collegio arbitrale aveva affermato che i contratti si erano risolti per inadempimento di entrambe le parti ed aveva disposto in merito alle restituzioni e alle reintegrazioni.

Nel costituirsi in giudizio i convenuti eccepivano preliminarmente l'incompetenza per territorio del Giudice adito, essendo competente il Tribunale di Rimini.

Il Giudice istruttore del Tribunale di Milano, accolta tale eccezione, dichiarava la propria incompetenza, concedendo termine per la riasunzione della causa.

Con atto ritualmente notificato V.A. riassumeva il giudizio dinanzi al Tribunale di Rimini, riportandosi alle conclusioni formulate dinanzi al Tribunale di Milano.

Nel frattempo, su ricorso presentato dalla F. e dal M., con ordinanza del 12 novembre 1999, il G.D. del Tribunale di Rimini autorizzava il sequestro giudiziario dell'azienda alberghiera

“Hotel Alexandra Plaza”, sita in Riccione, e i ricorrenti, anche in nome della GID, provvedevano a instaurare il giudizio di merito nei confronti di V.A. nonché di V.C. e della Vacanze 2000 S.r.l., per ottenere l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal lodo e in particolare la restituzione dell'azienda alberghiera già indicata e, quindi, la conferma del provvedimento cautelare ottenuto *ante causam*, il risarcimento dei danni scaturenti dall'inadempimento del lodo e, nei confronti di V.C. e della Vacanze 2000 S.r.l., anche il ristoro dei pregiudizi arrecati dall'illegittima e protratta detenzione dei beni indicati.

Il Tribunale di Rimini, con sentenza non definitiva del 15 ottobre 2001, rigettava la domanda del Vanni di accertamento della nullità e, in subordine, di annullabilità del lodo già indicato, dichiarava V.A. nonché V.C. e la S.r.l. Vacanze 2000, rimaste contumaci, tenuti alla restituzione della citata azienda alberghiera e al risarcimento dei danni – da determinarsi nel prosieguo del giudizio – derivanti dall'inadempimento delle obbligazioni scaturenti dall'impugnato lodo.

Avverso tale decisione proponevano appello V.C. e la Vacanze 2000 S.r.l. eccependo, la prima, il proprio difetto di legittimazione passiva e, la seconda, anche il vizio di ultrapetizione e di violazione del principio della relatività dei contratti, non essendo parte del citato lodo.

Con separato atto proponeva appello anche V.A. deducendo: 1) l'invalidità della clausola compromissoria in quanto transattiva; 2) la nullità di detta clausola in quanto inserita in un negozio simulato, non riguardando le reali intenzioni delle parti, desumibili da specifiche dichiarazioni confessorie, la costituzione di una società, ma il semplice trasferimento dell'azienda; 3) il vizio di eccesso di mandato del lodo; 4) la violazione del principio del contraddittorio e l'omessa pronuncia circa la censura concernente l'eccesso di mandato; 5) l'errore di fatto revocatorio, in relazione all'omessa considerazione, da parte degli arbitri, delle proroghe concesse al V. per la produzione dei documenti necessari per il trasferimento del capannone.

Instauratosi il contraddittorio, gli appellati eccepivano l'inammissibilità delle questioni introdotte per la prima volta in grado di appello

e chiedevano comunque il rigetto delle impugnazioni.

La Corte di appello di Bologna, con sentenza del 3 luglio 2006, dichiarava inammissibile ogni domanda proposta nei confronti di V.C.; dichiarava nulla, per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., la condanna nei confronti della Vacanze 2000 S.r.l. al risarcimento dei danni derivanti dal mancato tempestivo adempimento delle obbligazioni aventi la propria fonte nelle determinazioni arbitrali, confermava nel resto l'impugnata decisione; condannava V.A. alle spese del grado in favore degli appellati e dichiarava interamente compensate le spese di lite tra V.C. e Vacanze 2000 S.r.l. in liquidazione e le controparti.

Avverso la sentenza della Corte di merito V.A. ha proposto ricorso per cassazione sulla base di otto motivi.

Hanno resistito con controricorso F.L., in proprio e quale socio della società semplice GID Novecento, e M.M., quale socio della società semplice GID Novecento.

Il ricorrente ha depositato memoria *ex art.* 378 cod. proc. civ.

**I motivi.** – 1. Con il ricorso all'esame V.A. contesta, tra l'altro, la declaratoria della Corte di merito di inammissibilità per novità dei rilievi introdotti con il primo, il secondo e il terzo motivo di appello.

2. In particolare, con il primo motivo, intitolato "erroneamente ritenuta impossibilità di rilievo *ex officio* della nullità del lodo contratto del 23 novembre 1998 (violazione e falsa applicazione, *ex art.* 360 n. 3 c.p.c., dell'art. 1421 c.c. in rapporto con gli artt. 112 e 345, co. I, c.p.c.)", il ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha rigettato i primi tre motivi di appello – riguardanti la nullità della clausola compromissoria, la simulazione dei contratti preliminari e l'eccesso di mandato nel quale sarebbero incorsi gli arbitri – sulla base, sostanzialmente, di un'unica argomentazione, avendo i giudici della Corte di appello aderito all'orientamento giurisprudenziale secondo cui il potere del giudice di rilevare la nullità del negozio va coordinato con il principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e, pertanto, il rilievo *ex officio* della nullità è ammissibile soltanto nel caso in cui

sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione del negozio stesso e, quindi, con riferimento ad azioni di condanna all'adempimento del negozio; invece, nell'ipotesi in cui la causa abbia direttamente ad oggetto la validità del negozio (comunque nullo), la pronuncia deve rimanere circoscritta alle ragioni del vizio dedotte dalle parti, potendosi in tal modo annullare, rescindere o risolvere un negozio nullo o rigettare le relative domande, senza dare atto dell'assorbente nullità.

Sostiene il ricorrente che la decisione della Corte di merito sul punto in questione, oltre a non tener conto che per la rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali – non solo se sia stata promossa azione di esatto adempimento, ma anche se sia stata proposta azione di risoluzione o di annullamento o di rescissione – si è espressa la dottrina e più volte, di recente, anche la giurisprudenza di legittimità, non ha considerato che tale rilievo officioso non comporta alcuna violazione del principio della domanda e sarebbe, peraltro, erronea perfino in fatto, trattandosi, nella fattispecie all'esame, "in definitiva di dare esecuzione al lodo impugnato", sicché la nullità ben avrebbe potuto essere rilevata *ex officio* anche alla stregua del più risalente e ormai superato orientamento giurisprudenziale restrittivo richiamato dalla Corte di merito.

Secondo il ricorrente il rilievo officioso della nullità nella fattispecie *sub iudice* non può essere impedito, perché quella di nullità, anche non allegata come fatto costitutivo di un'opposta domanda (e a maggior ragione qualora – come nella specie avvenuto, secondo il V. – *in thesi* almeno tardivamente allegata e illustrata *funditus*), sarebbe questione primaria che necessariamente pregiudica tutta la causa.

3. Con il secondo motivo, dolendosi ancora dell'omesso rilievo della nullità del lodo-negozio del 23 novembre 1998, il ricorrente censura la sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione *ex art.* 360 n. 3 cod. proc. civ., dell'art. 1421 cod. civ. in relazione agli artt. 40 e 274 cod. proc. civ.

Sostiene il V. che un accurato esame della fattispecie *sub iudice* avrebbe dovuto condurre, anche applicando il consolidato ma ormai superato orientamento della giurisprudenza di legittimità, al rilievo officioso delle doglianze

di nullità esplicitate dal ricorrente nell'atto di appello. Al riguardo il ricorrente evidenzia che la sentenza del Tribunale e quella confermativa della Corte di merito non si sono limitate a decidere la sola astratta validità o non del contratto-lodo oggetto del ricorso ma hanno anche pronunciato sull'adempimento del lodo-transazione stesso, condannando il V. ad eseguire le obbligazioni assunte dagli arbitri nel proprio negozio transattivo, essendo stata la causa per la declaratoria di nullità del lodo riunita a quella instaurata da F. e M. per ottenere la condanna del ricorrente all'adempimento del detto lodo-contratto. Ne consegue – ad avviso del ricorrente – che, essendo in discussione non solo la validità ma anche l'applicazione del contratto impugnato per nullità, sono rilevabili *ex officio* i vizi denunciati; inoltre, la riunione delle cause esigerebbe che la questione di nullità del contratto sia trattata per tutte allo stesso modo, salvo a separare le cause.

4. Il terzo motivo di ricorso è intitolato “In via principale: erroneamente ritenuta assenza in primo grado con conseguente mancata pronuncia su di essa della proposizione della eccezione di nullità del lodo contratto 23 novembre 1998 per nullità della clausola compromissoria conseguente alla simulazione del contratto cui accede ed erronea ritenuta mancata riproposizione in appello della violazione delle norme inderogabili sulla confessione nella ricostruzione della natura simulata del contratto preliminare ritenuto valido dagli arbitri poiché ricondotto ad un negozio indiretto (violazione e falsa applicazione *ex art.* 360 n. 3 ed occorrendo n. 5 c.p.c., degli artt. 1362 c.c. in rapporto con gli artt. 112 e 345 comma 1° e 346 c.p.c., nonché ulteriormente degli artt. 2720 e 2732 c.c.). In subordine: omessa e/o insufficiente motivazione su di un punto essenziale ai fini decisori (art. 360 n. 4 e n. 5 c.p.c. in relazione agli artt. 1362 e ss. 2720 e 2732 c.c. letti in rapporto agli artt. 112, 345 e 346 c.p.c.)”.

Con il motivo in parola il ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto nuova la doglianza relativa alla simulazione del contratto e quella relativa alla nullità della clausola compromissoria, pervenendo all'esclusione delle conseguenti ricadute sul piano della validità del lodo-contratto posto in essere dagli arbitri nell'interesse delle parti.

Il ricorrente, in via principale, lamenta che il giudice di appello, nell'esaminare il secondo motivo del gravame, abbia ritenuto non essere mai stata dedotta in primo grado la nullità della clausola compromissoria in quanto inserita in un contratto a sua volta simulato e, quindi, affetto da nullità.

Sostiene il ricorrente che la Corte di appello, omettendo di pronunciarsi al riguardo, sarebbe incorsa in *error in procedendo*, essendo stata l'eccezione di nullità del lodo per difetto di autonomia della clausola dell'arbitrato irrituale afferente a contratto di società simulato, siccome finalizzato al trasferimento di immobili, espressamente dedotta nell'atto di citazione nel giudizio promosso dinanzi al Tribunale di Milano, nella comparsa in riassunzione davanti al Tribunale di Rimini (al punto 4 di tale atto, p. 12) (v. ricorso p. 24 e ss.) e poi solo meglio esplicitata in sede di appello.

Secondo il V. l'errore della Corte di merito nella ricostruzione delle eccezioni proposte contro il lodo in primo grado, avrebbe comportato, inoltre, un vizio di violazione e/o falsa applicazione delle norme di cui agli artt. 1362 e ss. cod. civ. in rapporto agli artt. 112, 345 e 346 cod. proc. civ., avendo la giurisprudenza di legittimità affermato che nella sua attività interpretativa il giudice, non condizionato dalla formali parole utilizzate dalla parte, deve tener conto della situazione dedotta in causa e della volontà effettiva – deducibile anche per implicito dalle eventuali precisazioni fornite nel corso del giudizio – nonché delle finalità che la parte intende perseguire. Alla stregua del ricordato principio la denunciata simulazione dei negozi preliminari, a valle della quale, nel giudizio di impugnazione del lodo, era pretesa la declaratoria di nullità del lodo-contratto, doveva necessariamente sottintendere la nullità della clausola compromissoria che ai negozi afferiva. Sostiene il ricorrente di aver prospettato una causa immediata di vizio (la simulazione dei negozi) nonché l'effetto che ad esso doveva conseguire (la nullità del dolo); pertanto, l'invalidità della clausola compromissoria che afferiva ai negozi simulati (causa mediata di nullità del dolo per carenza di autonomia della clausola rispetto al negozio stesso) era un passaggio logico sotteso e che non doveva essere espressamente specificato.

Ad avviso del ricorrente, inoltre, l'errore della Corte distrettuale avrebbe comportato un ulteriore vizio (omessa pronuncia e insufficiente motivazione *ex art.* 360 n. 5 cod. proc. civ. e/o violazione degli artt. 112, 345 e 346 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., come emergerebbe dall'affermazione contenuta in sentenza (p. 14) per la quale non sarebbe stata riproposta in appello la violazione delle norme inderogabili sulla prova di cui agli artt. 2720 e 2732 cod. civ. nella ricostruzione della natura del contratto preliminare e della sua simulazione. Laddove, invece, la contestazione della qualificazione data al contratto in termini di negozio indiretto, anziché di negozio simulato, dagli arbitri in violazione delle richiamate norme, contestazione prodromica all'accertamento della nullità dell'intero lodo per difetto di autonomia della clausola, esplicitata in primo grado, sarebbe stata pienamente riproposta nel giudizio di appello con il secondo motivo dell'impugnazione.

In via subordinata il ricorrente ha lamentato che, per i medesimi motivi già illustrati, la sentenza impugnata sarebbe viziata per omessa o insufficiente motivazione.

5. Inoltre attengono a profili di nullità del lodo impugnato anche i motivi quinto e sesto del ricorso, relativi, rispettivamente, alla pretesa nullità della clausola compromissoria e all'asserito eccesso di mandato degli arbitri.

6. Come pure evidenziato dal ricorrente nella memoria *ex art.* 378 cod. proc. civ., depositata in atti, le Sezioni Unite di questa Corte, con la recente sentenza del 4 settembre 2012, n. 14828, chiamate a pronunciarsi proprio sulla questione relativa alla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto, hanno affermato che "alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti *"ex actis"*, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla

volontà della parte protetta); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità *"incidenter tantum"* senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste" (v. Rv. 623290).

Le Sezioni Unite si sono, quindi, pronunciate chiaramente sulla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto qualora – come nel caso sottoposto al loro esame – sia stata proposta domanda di risoluzione, ed hanno osservato che la funzione oppositiva del potere-dovere di cui all'art. 1421 cod. civ. opera innegabilmente in tale ipotesi, mentre "non è con altrettanto nitore ravvisabile nel caso di azione di annullamento, il che peraltro rafforza il convincimento che si viene esprimendo in tema di azione di risoluzione. Invero alcuni autori, nell'indagare la tematica che ci occupa e più in generale la funzione dell'azione di nullità, hanno evidenziato che la rilevazione incidentale della nullità è doverosa nel caso in cui siano allegati altri vizi genetici, come avviene nell'azione di annullamento. La relativa domanda non postula la validità del contratto, sicché, sebbene la tradizione giurisprudenziale e dottrinale dell'orientamento favorevole al rilievo d'ufficio apparenti le ipotesi di risoluzione, annullamento e rescissione, andrà a suo tempo verificato se sussistono i presupposti per questa equiparazione".

7. Si osserva che, effettivamente, nella giurisprudenza di legittimità le ipotesi in cui – in relazione a quanto qui rileva – siano state proposte domande di risoluzione, annullamento o rescissione vengono di solito tra loro acriticamente e indistintamente accomunate, riferendosi peraltro i precedenti giurisprudenziali in gran parte ad ipotesi in cui risulta proposta l'azione di risoluzione. Peraltro, proprio in base a tale giurisprudenza, l'O.I. del 28 novembre 2011, n. 25151 aveva registrato un consapevole contrasto sulla questione – più ampia di quella poi decisa – "se la nullità del contratto possa essere rilevata d'ufficio non solo allorché sia stata proposta domanda di esatto adempimento, ma anche allorché sia stata domandata la risoluzione, l'annullamento o la rescissione (equiparandosi alla risoluzione lo scioglimento da parte del curatore ai sensi della legge fall., art. 72) del contratto stesso" ed aveva, quindi,

rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso sottoposto al suo esame alle Sezioni Unite.

7.1. Nel ricordato panorama si segnala che questa Corte, esaminando specificamente un'ipotesi in cui era stata proposta domanda di annullamento del contratto, con sentenza del 2 aprile 1997, n. 2858, ha, in motivazione, affermato che "non può non rilevarsi che, oltre alla domanda di adempimento o di esecuzione, anche le domande di risoluzione e di annullamento presuppongono la validità del contratto e costituiscono mezzo giuridico per eliminarne, in taluni casi, gli effetti. Anche le domande di risoluzione e di annullamento implicano, e fanno valere, un diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto in discussione, non meno del diritto all'adempimento. Ciascuna delle domande di adempimento, di risoluzione o di annullamento, pertanto, v[iene] avanzat[a] con la premessa immancabile, ancorché implicita: "poiché non sussistono ragioni di nullità del contratto, propongo domanda di adempimento, di risoluzione o di annullamento...". Se la nullità sussistesse, nessun diritto o potestà potrebbe derivare dal rapporto dedotto in controversia, poiché lo stesso rapporto non sarebbe sorto. La validità del contratto, di conseguenza, si pone come pregiudiziale sia delle domande di adempimento o di esecuzione, sia di quella di annullamento il cui potere, o inesistenza di potere, in quanto abbia fonte in un contratto valido, inerisce alla stessa domanda di annullamento proposta, non diversamente da quella di adempimento. Conseguentemente, poiché l'art. 1421 c.c. richiede che d'ufficio la nullità del contratto, in quanto sussistente, venga "rilevata" (in via incidentale), e poiché, come indicato, la validità o nullità del contratto costituisce il presupposto anche della domanda di annullamento alla quale inerisce, ne deriva che il rilievo incidentale e d'ufficio della nullità del contratto di cui sia stato chiesto l'annullamento, attiene alla domanda di annullamento stessa, ed il relativo rilievo non eccede il principio dell'art. 112 c.p.c. in relazione al limite che la domanda di parte pone ai poteri di pronuncia del giudice. Collocando la nullità nell'ambito della domanda, la posizione diretta a riconoscere che la nullità del contratto debba essere rilevata d'uf-

ficio anche nelle cause di impugnativa contrattuale è difficilmente contrastabile. Peraltro, ciò affermato in linea di principio, occorre vagliare quali siano le conseguenze del rilievo incidentale e d'ufficio della nullità in una causa proposta per l'annullabilità del contratto. In proposito è corretto ritenere che la questione pregiudiziale di nullità condiziona l'accertamento (negativo o positivo) dell'effetto contrattuale dedotto in causa e attraverso il giudicato che si forma su tale effetto, anche la soluzione data nel processo alla questione pregiudiziale di nullità può condizionare l'esito di altri processi relativi a diversi effetti dello stesso contratto.

Peraltro se tale principio può essere affermato (come in dottrina è stato sostenuto) nel rapporto tra il processo in cui la questione pregiudiziale di nullità sia stata rilevata ed altri procedimenti in cui vengano in rilievo gli effetti dello stesso contratto tra le stesse parti, lo stesso principio può essere applicato anche quando la nullità del contratto venga rilevata nei medesimi giudizi di risoluzione, rescissione e di annullamento e con riferimento alle stesse domande.

La nullità del contratto si riflette sull'intero rapporto, e deve essere ricevuta nei giudizi ad esso relativi, quando sia stata rilevata in occasione di una domanda di risoluzione, rescissione o annullamento che investa il contratto nella sua interezza". Tanto premesso, questa Corte, nella sentenza da ultimo richiamata, ha così sintetizzato i criteri cui ha ritenuto di attenersi e di enunciare per il giudice di rinvio: "1) la nullità del contratto deve essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.) ogni qual volta si presenti come questione pregiudiziale (art. 34 c.p.c.); 2) la questione condiziona anche la decisione delle domande di risoluzione, di rescissione e di annullamento del contratto; 3) l'efficacia della decisione sulla nullità è fissata dalla domanda proposta: ciò non esclude che influisca sull'intero rapporto contrattuale se la domanda investe il rapporto per intero, come nel caso di domanda di annullamento in cui non ricorrano le limitazioni dell'art. 1446 c.c.".

7.2. In dottrina è stato in passato affermato che nullità e annullabilità possono coesistere rispetto a una medesima fattispecie in quanto entrambe aventi la stessa funzione di eliminazione *ex tunc* degli effetti negoziali, motivo per



cui il giudice non potrebbe porre a base della sua pronuncia una fattispecie impeditiva differente da quella opposta dalla parte senza cadere nella sostituzione d'ufficio della domanda proposta. A tale tesi è stato replicato che si può discutere se l'annullabilità sia o meno una specie d'invalidità, ma quello che resta incontestabile è che l'atto annullabile sia efficace sino alla pronuncia costitutiva di annullamento con effetti proprio per questo retroattivi. Quindi, anche l'annullabilità, in questa prospettiva, diviene contenuto di un diritto potestativo, l'utilità del cui esercizio risulta "assorbita" per mancanza dell'oggetto nell'ipotesi di nullità del negozio. In tale prospettiva è stato affermato che, per rispettare il principio della domanda, il giudice non può "dichiarare" la nullità con effetti di giudicato, ma solo rilevarla "*incidenter tantum*".

È stato pure sostenuto che, mentre la validità e l'esistenza del contratto sono presupposti non solo da chi ne chiede l'adempimento ma anche da chi ne domanda la risoluzione o la rescissione, nel caso in cui l'attore agisca per ottenere l'annullamento del contratto, egli non postula tanto la validità del contratto stesso, quanto l'inidoneità del negozio a produrre i suoi effetti, sicché tale ultima ipotesi si differenzerebbe dalle altre cui si è fatto cenno. A tale tesi si contrappone chi ritiene che, anche in caso di domanda di annullamento del contratto, si presuppone implicitamente quanto meno la non nullità dello stesso, riferendosi il detto rimedio ad un negozio che intanto produce i suoi effetti, per quanto caduchi e rimovibili *ex tunc*.

Sul tema della rilevanza d'ufficio della nullità si registrano, in tempi recenti, in dottrina opinioni significative, sia in tema di possibilità per il giudice di rilevare una causa di nullità diversa da quella dedotta in punto di domanda della parte – questione, questa, che pure si pone nel ricorso all'esame –, sia in tema di distinzione, ai fini che qui rilevano, tra azioni di risoluzione, da un lato, e di annullamento o di rescissione, dall'altro.

Quanto al primo aspetto, è stato sostenuto che il rilievo giudiziale della differente nullità non integra alcuna nuova eccezione, ma esplicita soltanto un ulteriore titolo implicato nella domanda e già incluso nel *thema decidendum*,

salva solo la piena esplicitazione del contraddittorio.

In relazione al secondo aspetto, è stato affermato che, nel caso di azione di annullamento o di rescissione, la domanda dell'attore è diretta comunque all'invalidazione del contratto per vizi genetici e, quindi, il suo accoglimento non presuppone né la sua efficacia vincolante né la sua validità (*recte*: la non nullità) e, quindi, esclude – secondo tale opinione – il potere di rilievo officioso *ex art.* 1421 cod. civ., per carenza dei presupposti funzionali di operatività di tale potere di presidio-resistenza riconosciuti dalla citata norma; non chiedendosi, infatti, alcun *enforcement* del contratto, viene meno la *ratio* della nullità officiosa, ossia quella di frapporre un ostacolo indisponibile ad ogni forma di convalida o di attuazione, anche indiretta, del vincolo.

Secondo tale tesi, in assenza di iniziativa di parte, il giudice non può tener conto della nullità eventualmente emergente dal materiale di causa e non ha l'onere di attivare il contraddittorio al riguardo.

Alla luce di quanto precede, né potendo ritenersi che l'intervenuta riunione delle cause (v. § 3.) abbia determinato *ex se* la sindacabilità, in entrambe le cause, del vizio dedotto, si pone l'esigenza di rimettere gli atti al Primo Presidente affinché valuti se investire della questione sopraevendenziale le Sezioni Unite.

[ROVELLI *Presidente* – SCRIMA *Estensore* – RUSSO *P.M.* (concl. diff.). – V.A. (avv.ti Consolo, Montebelli e Samori) – F.L. e al. (avv.ti Galgano e Pottino)]

**Nota di commento:** «*Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*»

## I. Il caso

Il referente fattuale della sentenza delle sezioni unite qui pubblicata può essere descritto, per gli aspetti che qui rilevano, nei seguenti termini e pur dovendosi dare atto della circostanza che, come si avrà modo di accennare, le ricostruzioni dell'antefatto processuale contenute nella corrispondente ordinanza di rimessione, da un lato, e nella sentenza delle sezioni unite, dall'altro, non appaiono del tutto coincidenti, anche relativamente ad aspetti significativi ai fini della riflessione che qui si svolgerà.

Stipulato un contratto preliminare di permuta, in forza del quale una delle parti si obbligava a trasferire all'altra la proprietà di un terreno e la seconda a cedere, dal canto suo, la proprietà di un fabbricato, che avrebbe costruito sul fondo, ed acquistato contemporaneamente da parte di quest'ultima il terreno da un terzo, proprietario tavolare, era, poi, intervenuto il fallimento della parte acquirente il fondo ed il curatore del fallimento aveva dichiarato lo scioglimento del contratto *ex art. 72, comma 4°, l. fall.* Successivamente, la parte che aveva trasferito la proprietà del fondo aveva agito, sulla premessa dell'intervenuto scioglimento del contratto (ma l'esposizione del fatto contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite fa riferimento invece ad una domanda proposta da quella stessa parte per ottenere la risoluzione del contratto preliminare), per la restituzione del terreno in proprio favore o, in subordine, in favore del proprietario tavolare, che aveva dato esecuzione al contratto.

Innanzi al Tribunale, la domanda era stata rigettata sulla premessa che, una volta che lo scioglimento del contratto aveva caducato la promessa di vendita, le pretese formulate dal contraente *in bonis* dovevano essere soddisfatte mediante insinuazione al passivo. Nell'ambito del giudizio di appello, il medesimo contraente, appellante, aveva allora prospettato la nullità del contratto preliminare per indeterminazione dell'oggetto del medesimo, sotto il profilo dell'omessa determinazione del fondo e delle porzioni di fabbricato; tuttavia, la domanda di nullità era stata dichiarata inammissibile perché nuova, avendo ritenuto la Corte d'Appello di non poter *rilevare d'ufficio la nullità del contratto*, posto che ne era stata *dapprima domandata la risoluzione*.

Dal canto suo, l'antefatto della vicenda processuale, che ha condotto all'ordinanza della sezione civile di rimessione alle sezioni unite della questione relativa alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto, quando ne sia stato dapprima domandato in giudizio l'annullamento, può essere così illustrato. Dopo l'emissione, tra due parti, di un lodo per arbitrato irrituale e di equità transattiva, una di esse aveva promosso un giudizio per ottenere, in via rescissoria, l'accertamento di nullità e/o di annullamento del lodo e, in via rescissoria, il riesame nel merito delle statuizioni arbitrali, attinenti alle domande contrapposte di adempimento o di risoluzione di due distinti contratti preliminari, a mezzo dei quali era stata prevista la costituzione di una società in nome collettivo, il conferimento nella stessa di determinati beni e la successiva cessione delle quote a questa società, oltre che l'alienazione di un capannone industriale. Il procedimento innanzi al Collegio arbitrale si era concluso con la declaratoria di risoluzione dei contratti per inadempimento di ambo

le parti e con l'adozione delle conseguenti pronunce restitutorie e reintegratorie.

Il Tribunale aveva rigettato la domanda di nullità e quella subordinata di annullamento del lodo proposte dalla parte attrice e, avverso questa sentenza, aveva proposto appello la parte soccombente sotto questi profili, deducendo, tra le altre questioni, una doglianza di invalidità della clausola compromissoria in quanto transattiva, una prospettazione di nullità della clausola in quanto inserita in un negozio simulato ed ancora un vizio di eccesso di mandato del lodo. Queste censure erano state tuttavia rigettate dalla Corte d'Appello, essenzialmente sulla base dell'argomentazione che, laddove la causa abbia direttamente ad oggetto la validità del negozio, comunque nullo, la pronuncia deve rimanere circoscritta alle ragioni del vizio dedotte dalle parti, potendosi, in questo modo, «annullare, rescindere o risolvere un negozio nullo o rigettare le relative domande, senza dare atto dell'assorbente nullità».

I due provvedimenti della Corte di Cassazione qui pubblicati, pur nella diversità della loro natura (una sentenza delle sezioni unite, da un lato, la quale, come tale, definisce un contrasto di giurisprudenza; un'ordinanza che dispone la trasmissione di un procedimento al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, al fine di risolvere una questione di massima di particolare importanza), si prestano ad una breve riflessione unitaria di commento: ed infatti essi compongono un quadro, da un lato, com'è evidente, già assestato, almeno nel suo esito di enunciazione di un principio di diritto, dall'altro, e per definizione, ancora bisognoso di sistemazione, di quell'area di problemi, che potremo sussumere sotto la rubrica dei rapporti tra il giudice e la nullità.

Del resto, era stata proprio l'ordinanza di rimessione della I sez. civ. della Supr. Corte del 4.10.-28.11.2011, che ha determinato l'intervento delle sezioni unite con la sentenza qui oggetto di commento, a prospettare la questione oggetto di rimessione (sia pure in termini esuberanti, come si desume dall'esposizione dei tratti fattuali della vicenda poc'anzi svolta, rispetto alla questione oggetto di controversia in quel giudizio) come avente riguardo anche al rapporto tra rilevabilità d'ufficio della nullità ed azioni di annullamento e di rescissione; ed è proprio sul tema del *rapporto tra azione di annullamento del contratto e rilievo d'ufficio della nullità* che si va ad inserire la nuova ordinanza di rimessione, qui pubblicata.

## II. Le questioni

1. LA RILEVABILITÀ D'UFFICIO DELLA NULLITÀ DEL CONTRATTO DI CUI SIA STATA DOMANDATA LA RISOLUZIONE. La sentenza delle sezioni unite qui

annotata, intervenuta a seguito dell'ordinanza di rimessione della I sez. civ. del 28.11.2011, compone il contrasto che si era delineato, da tempo, nella elaborazione giurisprudenziale di legittimità in ordine alla questione della rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto, in un giudizio nell'ambito del quale ne fosse stata domandata la risoluzione; e realizza questa composizione attraverso una motivazione attenta ai contributi che la riflessione dottrinale era venuta proponendo, già da parecchi decenni, sul tema, condividendo senz'altro l'opzione interpretativa nel senso della rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto anche quando la domanda originariamente proposta dalla parte sia una domanda di risoluzione del contratto stesso.

Si deve subito osservare che la conclusione cui pervengono le sezioni unite, ed il principio di diritto dalle stesse enunciato, sono del tutto condivisibili; così come per la gran parte persuasivi sono i passaggi argomentativi della pronuncia, ad onta di alcune notazioni critiche che questi ultimi hanno sollevato tra i primissimi commentatori della decisione.

Può essere utile, al fine di una maggiore chiarezza del discorso, pur sintetico, che qui si svolgerà, tentare di isolare i diversi passaggi argomentativi della decisione, per poi soffermarsi, di volta in volta, sui punti fermi, e sulle prospettive, che emergono da ciascuno di essi.

Il primo snodo motivazionale della sentenza individua una ragione di natura essenzialmente logica dell'insostenibilità dell'orientamento giurisprudenziale che impediva al giudice, adito con un'azione di risoluzione, di rilevare la nullità del contratto: anche la domanda di risoluzione postula l'esistenza di un atto valido perché mira ad eliminarne gli effetti. In altre parole, poiché il diritto potestativo ad intermediazione giudiziale nel quale si risolve l'azione di risoluzione del contratto origina pur sempre dal contratto, se, sulla base delle allegazioni delle parti e di quanto emerge dalle acquisizioni di causa, risulta che il contratto è nullo e, dunque, inidoneo ad essere presupposto di quel diritto, il giudice dovrà rilevare la questione anche d'ufficio: diversamente, egli verrebbe a riconoscere effetto, sia pure ai limitati fini di configurarlo quale presupposto di quel diritto potestativo, ad un contratto che invece è, ontologicamente, improduttivo di effetti.

Si tratta di considerazioni che si muovono lungo il filo della notazione che, già più di quaranta anni or sono, aveva condotto ad osservare che «la domanda di risoluzione e di adempimento sono risposte alternative, che il diritto accorda alla parte di fronte alla situazione di inadempimento; e ambedue, mediante l'anello comune, si congiungono e saldano alla validità ed efficacia del negozio» (IRTI, 744 ss., *infra*, sez. IV) e che sembrano inserirsi anche nel solco

delle più recenti riflessioni di chi ha notato che, sebbene nell'azione di risoluzione per inadempimento, proprio quest'ultimo ne integri la *causa petendi*, il postulato logico per poter configurare come tale un debitore è che sussista il titolo tale da consentirne la qualificazione in questi termini (cfr. CONSOLO, 955, *infra*, sez. IV).

Quello del quale si è appena riferito appare effettivamente un punto fermo, e che merita integrale adesione, dell'assetto della materia dei rapporti tra il giudice e le nullità: un punto fermo che, per le ragioni che illustreremo *infra*, *sub* § 4, e delle quali anche la sentenza qui commentata mostra consapevolezza, come diremo *sub* § 3, non può tuttavia essere esteso *tout court* alla soluzione delle questioni, oggetto invece dell'ordinanza di rimessione qui del pari pubblicata, relative alla rilevabilità d'ufficio della nullità anche quando sia proposta una domanda di annullamento o di rescissione.

2. RILEVABILITÀ D'UFFICIO DELLA NULLITÀ E NATURA DELL'INTERESSE TUTELATO. Il secondo passaggio della motivazione è invece più calibrato su quello che potremmo definire l'aspetto funzionale del giudizio di nullità e del vizio del contratto che nel suo ambito viene accertato: secondo le sezioni unite, il giudizio di nullità è volto ad impedire che il contratto nullo, il quale costituisce oggetto di un giudizio di disvalore da parte dell'ordinamento, possa spiegare i propri effetti, cosicché negare la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto di cui si sia domandata la risoluzione finisce per svilire la categoria della nullità, la cui specificità deve essere ravvisata nella tutela di interessi generali e di valori fondamentali che trascendono quelli del singolo (cfr., su questo aspetto della *ratio* della regola di rilevabilità d'ufficio della nullità, in luogo di molti altri, CORSINI, 667 ss., *infra*, sez. IV). Del resto, proseguono le Sezioni Unite, la stessa recente giurisprudenza comunitaria, in materia di rilievo officioso della abusività di una clausola contrattuale, consentirebbe di cogliere un rafforzamento del potere – dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità.

Questo passaggio della motivazione ha suscitato critiche argomentate ed attente in uno dei commenti già pubblicati alla decisione (cfr. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità*, 876, *infra*, sez. IV). Si tratterebbe, infatti, ed innanzi tutto, di un'argomentazione *a posteriori* o esornativa, che nulla aggiungerebbe ai rilievi di fondo, e già di per sé decisi, che si sono anche in questa sede poc'anzi illustrati; mentre «insistere sulla funzionalità del rilievo d'ufficio a elidere il disvalore regolamentare espresso dal contratto nullo» rappresenterebbe, a sua volta, un argomento eccentrico rispetto alle ipotesi di nullità che discendono dalla mancanza di uno degli

elementi essenziali del contratto, qual era, del resto, il caso cui ha riguardo la pronuncia delle Sezioni Unite, ovvero a fronte dei casi nullità per violazione di norme imperative che siano tuttavia semplicemente prescrittive di un onere.

Non sembra, tuttavia, che queste critiche siano del tutto condivisibili, anche se l'impostazione, che intenda imperniare un discorso sulla nullità sul disvalore dell'assetto di interessi negoziale che tale patologia contrattuale esprime, può destare qualche perplessità circa l'effettiva rispondenza della stessa ad un'immagine attuale delle nullità. Queste ultime, infatti, non solo, come è ormai scontato fare, debbono appunto essere declinate al plurale, ma sempre più si configurano, e proprio nella prospettiva delle indicazioni desumibili dal diritto privato europeo dei contratti, come rimedi, per così dire, ad assetto variabile, destinati ad operare sulla base del criterio pragmatico della congruenza allo scopo e, dunque, a modularsi variamente in relazione alla risposta che l'ordinamento intende di volta in volta dare alla situazione da disciplinare. In questa prospettiva, infatti, si è, ancora di recente, parlato del sopravvento, nel diritto privato europeo, di una nullità funzionale, in quanto, appunto, calibrata sull'assetto di interessi concreto avuto di mira dalle parti ed avente «finalità essenzialmente conformativa di rimodellamento del regolamento contrattuale» (cfr. SCALISI, 479, *infra*, sez. IV).

Si deve comunque osservare che una motivazione della sentenza delle sezioni unite che si fosse soffermata solo sul – pure irresistibile – argomento logico – giuridico del quale si è detto poc'anzi *sub* § 1 avrebbe trascurato quello che è comunque un aspetto fondamentale della nullità, soprattutto secondo la disciplina che di essa emerge dall'assetto normativo del codice civile: ed invero, come è stato notato, «l'art. 1421 c.c., in quanto strumento adatto per tutelare realmente gli interessi protetti dalle norme imperative che prevedono la nullità del negozio, rappresenta la logica conseguenza del carattere indisponibile delle disposizioni sulla nullità che escludono, salvo rare e tassative eccezioni, qualsiasi efficacia della fattispecie che con essa contrasti» (cfr. MONTICELLI, 701 s., *infra*, sez. IV). Anche chi, più di recente, ha ricostruito una linea di tendenza dell'ordinamento nel senso del ricorso «alla nullità in funzione di protezione di interessi, che sono sottratti al potere di disposizione del titolare, nell'ambito di specifiche fattispecie negoziali con riguardo alle quali la legge ritiene che la disparità di potere contrattuale tra le parti sia tale da impedire ad una di esse l'effettivo esercizio dell'autonomia decisionale» (cfr. ALBANESE, 310, *infra*, sez. IV), ha appunto ravvisato nella verifica sul punto se «l'interesse, che è stato leso anche per mezzo del regolamento negoziale, deb-

ba ritenersi sottratto al potere di disposizione delle parti in ragione dei rimedi e delle sanzioni previste dalla legge» il momento decisivo dell'accertamento sul punto della imperatività della norma.

Né sembra del tutto condivisibile il rilievo relativo alla esorbitanza di un'argomentazione impernata sul disvalore dell'assetto di interessi negoziale che la nullità esprime in un contesto in cui la nullità dipendeva, invece, da un vizio di incompletezza strutturale della fattispecie contrattuale: occorre comunque tener conto della circostanza che le sezioni unite, pur muovendo dal referente fattuale del giudizio, erano, ovviamente, chiamate a risolvere la questione nella sua dimensione e portata generali e, dunque, anche con riferimento a casi in cui la nullità del contratto, del quale sia stata domandata giudizialmente la risoluzione, discenda effettivamente dall'elemento di disvalore che il vizio della nullità esprime.

Si può dire, allora, che, da un lato, non pare davvero meritato, il rilievo, mosso da qualche commentatore alla motivazione delle Sezioni Unite, di essere stata timida (cfr. FARINA, *infra*, sez. IV) per non avere colto l'occasione di risolvere il problema della rilevanza d'ufficio della nullità anche in presenza di una domanda di annullamento o di rescissione (dato che, nel caso deciso dalla sentenza oggetto di commento, al di là della formulazione ampia dell'ordinanza di rimessione, l'estensione della decisione anche a queste ulteriori ipotesi avrebbe dato luogo ad un vistoso *obiter dictum*, per l'estraneità delle stesse al caso oggetto di decisione). Da un opposto angolo visuale, invece, sarebbe stata certamente monca una motivazione che non avesse reso conto anche della incongruità dell'esito ermeneutico negatore della rilevanza in via officiosa della nullità del contratto del quale sia stata domandata la risoluzione dal punto di vista della coerenza con un rimedio, qual è quello della nullità, del quale è difficile negare, almeno nell'ambito del sistema del codice civile, la tendenziale coincidenza con l'area delle ipotesi in cui entri in gioco un interesse generale e che, come tale, non può essere inciso dal potere di disposizione dei privati.

La considerazione impernata sulla consistenza dell'interesse tutelato dalla norma che sancisce il vizio appare, del resto, tutt'altro che priva di significato o di utilità nella complessiva strategia argomentativa della decisione, e soprattutto nella prospettiva dell'applicazione ad altre ipotesi delle enunciazioni della sentenza. Infatti, è proprio il riferirsi della nullità che potremmo definire codicistica a profili di interesse generale che pare alla base dell'ulteriore sviluppo della motivazione; laddove, cioè, la sentenza precisa che l'unica distinzione rilevante ai fini della soluzione del problema della rilevanza d'ufficio della nullità è quella che ha riguardo alle nullità per



le quali sia dettato un regime speciale, che le Sezioni Unite fanno sostanzialmente coincidere con l'area delle nullità di protezione in cui, osserva la sentenza, «il rilievo del vizio genetico è espressamente rimesso alla volontà della parte».

Anche questo passaggio argomentativo della decisione è stato oggetto di notazioni critiche da parte di uno dei primi annotatori della sentenza (cfr. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa delle nullità*, 877). Si è, infatti, osservato che la motivazione della sentenza, sul punto, sembra ragionare sulla premessa che, in difetto di un'espressa previsione di legge in tal senso, le nullità di protezione incomplete siano sprovviste di una rilevabilità officiosa, ciò che condurrebbe, da un lato, ad esiti argomentativi incongrui (poiché, esemplificando, ed in relazione alla presenza, o meno, di un'esplicita previsione di rilevabilità officiosa della nullità, il giudice potrebbe rilevare il difetto di forma di un contratto bancario, in relazione alla disposizione dell'art. 127, comma 2°, d. legis. 1°9.1993, n. 385, mentre non potrebbe rilevare d'ufficio la nullità di un preliminare di immobili da costruire nel caso in cui manchi il rilascio di una fideiussione richiesta a pena di nullità (art. 2, comma 1°, d. legis. 20.6.2005, n. 122) e, dall'altro, contraddirebbe il carattere della rilevabilità officiosa che la dottrina è ormai incline ad affermare quale tratto comune alle nullità di protezione, sulla base di un'interpretazione della norma racchiusa nell'art. 36, comma 3°, cod. cons., suscettibile di assumere portata generale, nell'ambito del sottosistema del diritto dei contratti dei consumatori. Il ragionamento delle sezioni unite condurrebbe, pertanto, a configurare l'art. 1421 come una norma generale «ed i casi di irrilevabilità officiosa come altrettante eccezioni, da cui poi una tipicità delle fattispecie di nullità relativa non rilevabile *ex officio*» (cfr. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità*, 878).

Si può tuttavia rilevare, al riguardo, che la sentenza delle sezioni unite si muove, anche qui, secondo le linee di un'argomentazione sobria e misurata (benché innervata da una meditata consapevolezza del dibattito dottrinale), e, dunque, tale da sfuggire alle tentazioni di una complessiva reimpostazione sistematica della materia, probabilmente estranea alla prospettiva di una decisione, pure adottata al più alto livello di nomofilachia. In altre parole, non sembra che potesse spettare alla sentenza delle sezioni unite qui oggetto di commento quell'opera di rivisitazione delle molteplici ipotesi di nullità che il dato normativo, soprattutto in materia di tutela del consumatore, esibisce e con riferimento alle quali la lettura, pur suggestiva, che le vorrebbe riconducibili alla disciplina di carattere generale dettata dall'art. 36, comma 3°, cod. cons., in punto rilevabilità d'ufficio appare come il frutto di un'autorevole, e sia

pure in effetti ormai prevalente, impostazione dottrinale, più che come l'esito di una scelta normativa univoca.

Se queste considerazioni colgono nel segno, la griglia di valutazione consistente nella natura dell'interesse tutelato dalla norma che sancisce la nullità può essere la base per un'operazione di distinzione tra le varie ipotesi, appunto ai fini della rilevabilità, o meno, d'ufficio del vizio, che costituisce probabilmente il compito argomentativo cui sono chiamate la riflessione dottrinale e l'elaborazione giurisprudenziale successive all'intervento delle sezioni unite qui oggetto di commento. Pertanto, in assenza di un'esplicita statuizione normativa nel senso della rilevabilità d'ufficio della nullità, la conclusione nel senso della estensibilità alla singola ipotesi del modulo argomentativo qui accreditato dalle sezioni unite dovrà discendere da un'analisi attenta essenzialmente all'aspetto funzionale della sanzione di volta in volta predisposta dalla norma.

### 3. RILEVABILITÀ D'UFFICIO, LIMITI DELLA DOMANDA GIUDIZIALE E STATUZIONI RESTITUTORIE.

Gli argomenti che si sono fin qui richiamati conducono, dunque, le sezioni unite, ad affermare la necessità di superare il precedente orientamento di legittimità, dalle stesse sezioni unite definito maggioritario, secondo il quale, allorché in giudizio non si chiede l'applicazione del contratto, ma la risoluzione di esso, il giudice non potrebbe dichiarare d'ufficio la nullità, se non incorrendo in un vizio di extrapetizione. E la ragione della ritrosia giurisprudenziale a trarre fino in fondo i corollari che pure dovrebbero essere desunti dalla regola di rilevabilità d'ufficio della nullità viene ravvisata, dalla sentenza oggetto di commento, nella peculiare natura della norma, situata all'incrocio tra diritto sostanziale e diritto processuale: ciò che, a sua volta, notano le sezioni unite, ha condotto la giurisprudenza, per il timore dell'extrapetizione, a circoscrivere l'area in cui la questione di nullità sia rilevabile, invece di approfondire il ragionamento sull'ambito della decisione conseguente al rilievo officioso della nullità.

È proprio sul terreno del diritto processuale che ci conducono quelli che possiamo definire come gli ultimi tre nuclei argomentativi della decisione.

Innanzitutto, secondo quanto osserva la sentenza qui commentata, anche nel caso di rilievo di ufficio di una causa di nullità del contratto del quale sia stata domandata la risoluzione, opera la caratteristica funzione oppositiva del potere-dovere *ex art. 1421 cod. civ.*, ponendo capo ad una decisione che, in questo caso, è comunque destinata a rimanere all'interno dei limiti del *petitum*: mentre una funzione oppositiva analoga non sarebbe ravvisabile con



identica chiarezza nel caso di azione di annullamento, con riferimento al quale la sentenza rimette ad una successiva verifica lo scrutinio circa la possibilità di equiparare, ai fini del regime del rilievo officioso della nullità, all'azione di risoluzione quelle di annullamento e di rescissione (e, come vedremo *sub* § 4, è proprio in questo ambito che si va inserire il contenuto dell'ordinanza di rimessione qui pure oggetto di commento).

Inoltre, e sempre dal punto di vista processuale, l'affermazione della rilevabilità d'ufficio della nullità anche a fronte della proposizione della domanda di risoluzione viene ricondotta all'interno della prospettiva della collaborazione tra il giudice e le parti nella determinazione della materia oggetto della controversia che, secondo le Sezioni Unite, trova punti di emersione normativa nella possibilità per le parti (che viene desunta dall'art. 183, comma 5°, cod. proc. civ.), a seguito del rilievo officioso di una questione da parte del giudice, di formulare ogni domanda che ne sia conseguenza, così come nella disposizione dell'art. 101, comma 2°, cod. proc. civ., la quale impone al giudice, che sia in fase di riserva della decisione, qualora ritenga di porre a base di quest'ultima una questione rilevata d'ufficio, di assegnare alle parti un termine per memorie contenenti osservazioni sulla questione ed infine nella previsione dell'art. 153 cod. proc. civ., con l'ampliamento da essa introdotto della facoltà di essere rimessa. Questa viene, dunque, indicata come la via da percorrere, sufficiente a superare, secondo la decisione delle Sezioni Unite, le perplessità che erano state sollevate dalla giurisprudenza maggioritaria e contraria alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto in caso di proposizione di domanda di risoluzione del medesimo dal punto di vista dei rischi di extrapetizione e di soggettivismo giudiziario.

Pertanto, nel caso in cui, all'esito del rilievo officioso da parte del giudice, sia stata formulata, tempestivamente e previa rimessione in termini, domanda volta all'accertamento della nullità e ad eventuali effetti restitutori, la decisione che sul punto il giudice adotterà, sarà idonea al passaggio in giudicato; nel caso in cui sia stato omissso il rilievo officioso della nullità e l'omissione sia fatta valere in sede di appello, il giudice del gravame dovrà rimettere in termini l'appellante, dando applicazione all'art. 354, comma 4°, cod. proc. civ. e, dunque, consentendogli lo svolgimento di tutte le attività che egli non sia stato posto in grado di espletare in primo grado. Infine, nel caso in cui, pure in presenza della segnalazione da parte del giudice della questione di nullità alle parti, non sia stata formulata la corrispondente domanda, il rilievo della nullità determinerà soltanto il rigetto della domanda di risoluzione, con accertamento meramente incidentale, inidoneo a produrre

re effetto di giudicato; mentre il giudicato implicito sulla validità del contratto si formerà quando la causa di risoluzione sia stata decisa nel merito, con esclusione delle sole decisioni non contenenti statuizioni tali da implicare l'affermazione della validità del contratto.

Anche questi nodi motivazionali della sentenza hanno suscitato riflessioni critiche in sede di primi commenti.

Tralasciando quelle imperniati sulla divaricazione tra le enunciazioni della sentenza (in particolare, laddove la stessa pone l'accento sulla funzione oppositiva rispetto all'accoglimento della domanda che il rilievo d'ufficio trae con sé) e le peculiarità del caso concreto che ha originato la decisione (dove la declaratoria di nullità perdeva, invece, il carattere oppositivo per dare ingresso ad un accoglimento o, comunque, ad un trattamento più favorevole della domanda di restituzione dapprima proposta: cfr. FARINA), un aspetto che merita qualche notazione è quello relativo alla possibilità per l'attore, a seguito del rilievo officioso del giudice concernente la questione di nullità del contratto, di convertire la domanda di risoluzione in una domanda di nullità.

Al riguardo, le obiezioni sollevate attengono essenzialmente al fatto che la possibilità per l'attore di convertire la domanda sarebbe tale da porre a repentaglio il principio di terzietà del giudice: in altre parole, se la nullità non mantiene la sua veste specifica di eccezione di merito sollevata dal convenuto o rilevata d'ufficio, configurandosi invece come nullità quale difesa «a sostegno di una domanda proponibile ma non proposta», si determinerebbe una perdita della tradizionale funzionalità oppositiva dell'art. 1421, fornendo nuovi argomenti a chi ravvisava, nell'art. 112 cod. proc. civ., un limite insuperabile all'operare della regola del rilievo d'ufficio della nullità (cfr. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità*, 882; FARINA).

La soluzione proposta dalle sezioni unite appare tuttavia, anche da questo angolo visuale, condivisibile: la preoccupazione in ordine al venir meno della terzietà del giudice non coglie nel segno, poiché, alla fine, la scelta se proporre l'azione incidentale di accertamento, a seguito del rilievo officioso della questione, sarà, com'è del resto ovvio, sempre della parte: non v'è, dunque, alcun salto di qualità, per così dire, tra l'ipotesi del rilievo officioso che rimanga circoscritto alla mera funzione impeditiva di accoglimento della domanda e quello che, invece, sfoci nella proposizione della domanda di accertamento incidentale. Sarà comunque la parte a valutare la propria convenienza a proporre, o meno, una domanda di accertamento incidentale che, mimando il modulo dell'art. 34 cod. proc. civ., consenta di pervenire ad una statuizione con efficacia di giudicato sulla

questione di nullità: ed è proprio la dottrina (CONSOLO, 966) che ha proposto la soluzione (dell'accertamento incidentale), qui, nella sostanza, recepita dalle sezioni unite, ad indicare gli esiti paradossali, ed assai pericolosi, che potrebbero derivare nel caso in cui non si contemplasse la possibilità di dare ingresso alla domanda incidentale di accertamento della nullità. Infatti, come è stato appunto acutamente osservato, nell'ipotesi in cui il giudice, innanzi al quale sia stata proposta una domanda di condanna del convenuto all'esecuzione di una prestazione in relazione ad un contratto a prestazioni corrispettive, rilevi d'ufficio la nullità del medesimo, rigettando per questa ragione la domanda, nulla osterebbe a che il convenuto, sulla base del medesimo contratto, possa proporre, a sua volta, una domanda di condanna dell'originario attore e possa ottenerne l'accoglimento, qualora il giudice del secondo processo non ritenga di rilevare d'ufficio la nullità; ed uno scenario analogo si avrebbe nel caso in cui, proposta la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e rigettata la stessa a seguito del rilievo d'ufficio della nullità, la parte dapprima attrice si trovi ad essere convenuta in giudizio con una domanda fondata sul contratto la cui nullità sia stata solo rilevata e non dichiarata all'esito della proposizione di una domanda incidentale e, dunque, senza alcun effetto di giudicato, poiché, pure in questa ipotesi, l'originario convenuto potrebbe ottenere una condanna della controparte all'esecuzione della prestazione o al risarcimento del danno.

Esiti applicativi così incongrui suggeriscono, in effetti, di condividere la soluzione pratica indicata dalle sezioni unite; un'alternativa alla quale (ma priva dell'indubbia utilità pratica di pervenire in termini solleciti ad un accertamento con efficacia di giudicato della questione di nullità) potrebbe essere la generalizzazione in materia processuale del divieto di abuso del diritto, sulla quale si ritornerà *infra, sub* § 5, che ha già trovato, com'è noto, un punto di emersione in sede processuale nel divieto di frazionamento della domanda giudiziale. Si potrebbe, in altre parole, sostenere che abusi del proprio diritto di agire in giudizio la parte che, dopo avere beneficiato degli effetti di un rilievo officioso della nullità di un contratto (poiché esso le ha consentito di andare assolta da una domanda), faccia valere in giudizio un diritto in ipotesi derivante da quello stesso contratto, «rilevato» nullo dal giudice.

4. DOMANDA DI ANNULLAMENTO, DOMANDA DI RESCISSIONE E RILEVABILITÀ D'UFFICIO DELLA NULLITÀ. Si è già avuto modo di osservare che la sentenza delle sezioni unite qui annotata aveva volutamente – e correttamente, alla luce dell'ambito della questione che era chiamata a risolvere – lasciato impre-

giudicato il problema della estensibilità anche alle ipotesi di domanda di annullamento e di rescissione dei principi che la stessa aveva enunciato quanto ai rapporti tra domanda di risoluzione e rilievo d'ufficio della nullità del contratto, pur lasciando intendere che, con riferimento ad esse, non sarebbe stata scontata la percorribilità del modulo argomentativo dalla stessa decisione accreditato.

Sullo sfondo di questo passaggio della sentenza delle sezioni unite è agevole cogliere un orientamento dottrinale che aveva, in effetti, osservato come, nel caso di azione di annullamento e di rescissione, la domanda dell'attore è pur sempre di invalidazione e per vizi genetici, cosicché il suo accoglimento non presupporrebbe né l'efficacia vincolante né la validità del contratto; difetterebbe, dunque, nel caso delle azioni di annullamento e di rescissione, l'effettiva *ratio* sottostante la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità e cioè la ripulsa dell'ordinamento ad offrire, in qualunque modo, la propria sanzione, attraverso l'effetto giuridico, al contratto nullo (cfr., in tal senso, CONSOLO, 960). Nello stesso ordine di idee, si era argomentato, in precedenza (cfr. GRASSO, 320, *infra*, sez. IV), in termini di identità essenziale della funzione delle azioni di nullità e di annullabilità, tendendo tutte all'invalidazione del contratto, nel senso che nessuna di esse è invece intesa a darvi corso, a farne valere l'efficacia vincolante o a trarne le conseguenze, secondo quanto invece accadrebbe pure in presenza dell'azione di risoluzione per inadempimento, destinata a demolire solo il rapporto: cosicché si imporrebbe il corollario secondo il quale neppure l'azione di annullamento consentirebbe l'operare dell'art. 1421 cod. civ., in relazione al profilo del potere officioso di rilievo d'ufficio della nullità da parte del giudice. Al contrario, nel caso della risoluzione per inadempimento la parte che agisce in giudizio non mira all'invalidazione del contratto, poiché è proprio sul presupposto della sua validità che chiede la risoluzione del rapporto che ne è sorto (cfr. CONSOLO, 961).

L'ordinanza di rimessione che qui si annota individua, come uno dei termini del contrasto di giurisprudenza, la necessità di comporre il quale giustifica l'ordinanza di rimessione al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la pronuncia di Cass., 2.4.1997, n. 2858, la quale, nel solco di argomentazioni che anche in questa sede si erano poc'anzi rammentate *sub* § 1, aveva rilevato che la domanda di annullamento, allo stesso modo di quella di risoluzione, presupporrebbe in realtà la validità del contratto, facendo valere un «diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto in discussione» ed essendo la validità del contratto presupposto anche della domanda di annullamento, così come quella di risoluzione: di qui,

dunque, la conclusione di questa sentenza nel senso che il rilievo officioso della nullità da parte del giudice non eccederebbe, in questo caso, il principio sancito dall'art. 112 cod. proc. civ. E nella medesima ordinanza si trovano anche esposte le principali ricostruzioni dottrinali in materia: da quella secondo la quale nullità ed annullabilità possono coesistere rispetto ad una medesima ipotesi di fatto, avendo entrambe la medesima funzione di eliminare *ex tunc* gli effetti negoziali, con il corollario che il giudice non potrebbe porre a base della pronuncia un fatto impeditivo differente da quello opposto dalla parte senza incorrere in una sostituzione d'ufficio della domanda proposta, a quella che rileva come, essendo l'atto annullabile comunque efficace sino alla pronuncia di annullamento, dotata di effetto costitutivo, anche l'annullabilità diverrebbe oggetto di un diritto potestativo, l'utilità dell'esercizio del quale sarebbe assorbita, per mancanza di oggetto, nell'ipotesi di nullità del negozio.

L'ordinanza di rimessione mostra, dunque, anche in questo caso, una piena consapevolezza del dibattito dottrinale e di quello giurisprudenziale, ed estende la propria attenzione, così facendone oggetto dell'ambito della rimessione (benché ad essa non faccia diretto riferimento il dispositivo dell'ordinanza), anche la questione, assai delicata proprio dal punto di vista del rispetto del valore della terzietà del giudice, come vedremo *sub* § 5, della possibilità, per quest'ultimo, di rilevare una causa di nullità diversa da quella pure dedotta dalla parte in sede di domanda: con riferimento alla quale viene rammentata l'opinione secondo il quale il rilievo giudiziale della differente nullità non integra alcuna nuova eccezione, ma varrebbe ad esplicitare soltanto un titolo ulteriore implicato nella domanda e suscettibile di essere considerato già incluso nel *thema decidendum*, salva l'esplicazione del contraddittorio.

In attesa della decisione delle sezioni unite sulla questione della rilevanza officiosa della nullità nel caso di proposizione di una domanda di annullamento o di rescissione, si deve in effetti dare atto della suggestione dell'argomento secondo il quale, nel caso in cui la parte attrice abbia comunque proposto una domanda intesa alla invalidazione, in senso lato, del contratto verrebbe meno la funzione, efficacemente definita di resistenza (cfr. CONSOLO, 960), che il principio della rilevanza d'ufficio della nullità dispiega. Questo rilievo è sufficiente ad escludere che possa anche in questo caso operare l'argomento logico del quale si diceva *sub* § 1 con riferimento ai rapporti tra rilievo officioso della nullità ed azione di risoluzione: e, dunque, non vale a risolvere correttamente il problema il rilievo secondo il quale anche la domanda di annullamento, così come quella di rescissione, presuppongono un contrat-

to che non si presta a quel radicale giudizio di qualificazione negativa, sul piano effettuale, che è caratteristico della sanzione della nullità.

È tuttavia possibile approfondire il discorso, distinguendo, all'interno dell'area di questioni che l'ordinanza di rimessione intende sottoporre alla cognizione delle sezioni unite, l'ipotesi dell'ammissibilità di un rilievo d'ufficio della nullità, in presenza della proposizione di una domanda di annullamento, da quella, solo apparentemente analoga, della rilevanza d'ufficio della nullità a fronte della domanda di rescissione. Infatti, nel primo caso, si deve effettivamente riconoscere, per riprendere le parole dell'ordinanza, che a loro volta mutuano pressoché testualmente quelle di una già richiamata dottrina, che «*non chiedendosi alcun enforcement del contratto, viene meno la ratio della nullità officiosa, ossia quella di frapporre un ostacolo indisponibile ad ogni forma di convalida o di attuazione, anche indiretta del vincolo*». Del resto, la disciplina degli effetti della sentenza di annullamento dimostra che davvero qui la domanda dell'attore è tesa a sfociare nella invalidazione del contratto, senza che – almeno sul piano dei rapporti tra le parti – sia possibile riscontrare una significativa differenza fra azione di nullità ed azione di annullamento, posto che questa differenza è semmai destinata ad emergere sul versante della tutela dei terzi acquirenti, tutte le volte in cui l'annullamento non dipenda da incapacità legale (cfr. art. 1445 cod. civ.; in dottrina, sul punto, CONSOLO, 961).

Nel caso della rescissione, invece, vi è almeno un punto di emersione normativa della sussistenza della *ratio* della rilevanza officiosa della nullità (e cioè quella che sia evitata ogni forma di, pur indiretto, *enforcement* del contratto): infatti, l'art. 1450 cod. civ., con l'attribuzione al convenuto con l'azione di rescissione del potere di evitarla offrendo una modificazione del contratto idonea a ricondurla ad equità, sta lì a dimostrare che l'esclusione della rilevanza d'ufficio della nullità del contratto rescindibile potrebbe finire per garantire forza vincolante al contratto nullo. E si tratta di un esito tanto più inaccettabile, ove si consideri che, in caso di contratto nullo in relazione al quale l'attore abbia omissso di far valere la nullità, proponendo solo una domanda di rescissione, l'offerta di riduzione ad equità del convenuto con l'azione di rescissione, che sia indeterminata nella sua dimensione quantitativa (cfr., sul punto, CARPINO, 99, il quale sottolinea che, in questo caso, l'efficacia della medesima dipenderebbe solo dal provvedimento del giudice, senza spazio alcuno per l'intervento delle parti attrice) farebbe sì che lo stesso giudice sia chiamato a svolgere, in termini inammissibili, un'attività obiettivamente funzionale a recuperare il contratto nullo

ad un'utile misura effettuale. Si potrà dire che l'argomento ricostruttivo imperniato sulla riduzione ad assurdo delle conseguenze di una determinata soluzione non è decisivo. Tuttavia, qui, in realtà, la riduzione ad assurdo poggia su una radicale differenza tra disciplina del contratto annullabile, da un lato, e quella del contratto rescindibile, dall'altro; una differenza di disciplina che, a sua volta, rimanda alla differente natura del vizio che colpisce il contratto annullabile rispetto a quello rescindibile. Ed è invero ovvia la notazione che, mentre, nel primo, il fulcro della disciplina di legge è costituito dall'esigenza di tutelare l'integrità del consenso (con il corollario che la corrispondente azione di impugnativa contrattuale tende a far valere un vizio che attiene, per così dire, al cuore della dichiarazione di volontà contrattuale), nel secondo la *ratio* della regolamentazione è data dalla eccezionale rilevanza della sproporzione oggettiva tra la prestazioni, in relazione alle condizioni in cui è avvenuta la contrattazione, con la conseguenza che il superamento della sproporzione, affidato, come si è visto, anche ad un'eventuale iniziativa unilaterale del convenuto in giudizio, preclude l'accoglimento dell'azione di rescissione (e, dunque, consente di ridare pieno senso sistematico alla funzione oppositiva e «di resistenza», che si ricollega alla regola della rilevanza d'ufficio della nullità).

5. LA RILEVABILITÀ OFFICIOSA DI UNA CAUSA DI NULLITÀ DIVERSA DA QUELLA PROPOSTA DALL'ATTORE CON LA DOMANDA INTRODUTTIVA. L'ulteriore questione che l'ordinanza di rimessione delinea (sia pure – lo si è già notato incidentalmente – soltanto in motivazione e non nel dispositivo) è quella che attiene al potere del giudice di rilevare d'ufficio una causa di nullità differente da quella dedotta dall'attore in giudizio.

Al riguardo, e come è stato anche assai di recente rammentato (cfr. PAGLIANTINI, *La rilevanza officiosa*, 883) proprio in sede di commento alla sentenza delle Sezioni Unite della quale poc'anzi si è detto, l'orientamento consolidato è nel senso della irrilevanza d'ufficio di una causa di nullità diversa da quella invocata dall'attore. Questo enunciato, coordinato con il principio di unicità della domanda e con l'idea che il giudicato di rigetto della domanda di nullità accerti la non inesistenza del rapporto contrattuale, sarebbe tuttavia tale da condurre tuttavia all'esito problematico di «un'irrilevanza successiva in senso stretto» e di una forma di «sanatoria indiretta *erga omnes*» (così ancora PAGLIANTINI, *La rilevanza officiosa*, 883). Risulterebbe allora preferibile l'orientamento dottrinale il quale, muovendo dalla premessa che la domanda di nullità implichi l'accertamento negativo della non validità del con-

tratto, posto che la si identifica in ragione del *petitum* (con la conseguenza che essa non potrebbe essere mutata in relazione alle singole cause suscettibili di essere dedotte dall'attore), perviene alla conclusione che il giudice, cui sia stata proposta la domanda di nullità, avrebbe il potere/dovere di accertare l'esistenza di tutte le possibili cause di nullità e non soltanto di quella denunciata dall'attore (CONSOLO, 942).

Anche in questo caso, in attesa del responso delle sezioni unite, si può soltanto osservare che, ad una prima riflessione, la generalizzazione dell'affermazione secondo la quale il giudice, investito di una domanda di nullità di un contratto (o, più in generale, di un atto di autonomia privata: si pensi, ad esempio, alla domanda di nullità del recesso datoriale dal contratto di lavoro) dedotta in relazione ad un singolo profilo di vizio, possa estendere d'ufficio la propria cognizione all'accertamento di esistenza, o meno, di tutte le altre possibili cause di nullità, è tale in effetti da determinare forti perplessità dal punto di vista della salvaguardia del principio della terzietà del giudice. Quest'ultimo, dando ingresso ad una causa di nullità non dedotta dall'attore, rischierebbe davvero di sostituirsi alla impostazione difensiva della parte, che, per scelta tattica o strategica, o soltanto per errore, abbia fatto valere una causa di nullità, in ipotesi infondata, in luogo di un'altra invece sussistente. In casi del genere, lo stesso rimedio della prospettazione della questione da parte del giudice alle parti *ex art.* 183, comma 4°, cod. proc. civ., con la concessione alle stesse del termine necessario per la proposizione delle domande o delle eccezioni che fossero originate dalla rilevazione officiosa della causa di nullità diversa da quella dedotta dall'attore, non appare congruo, perché rischierebbe di far proliferare giudizi di accertamento incidentale, più o meno vari e numerosi, in relazione alla cultura ed alla fantasia del giudice nel reperire cause di nullità diverse da quelle prospettate dalla parte, così da sacrificare anche il principio della durata ragionevole del processo, da tempo assunto al rango di principio costituzionale, com'è noto, *ex art.* 111, comma 2°, Cost.

È tuttavia indubbiamente assai serio l'argomento poc'anzi accennato, secondo la quale il giudicato di accertamento della non-nullità di un contratto si estenderebbe a tutti gli altri ipotetici motivi di nullità, ancorché non prospettati dall'attore, cosicché – preclusa in successivi giudizi la rilevanza della questione di nullità dapprima non dedotta – si accrediterebbe l'esito assurdo di un contratto nullo, insuscettibile di essere ormai accertato come tale; si tratta di un argomento che postula, in effetti, un approfondimento del concetto di giudicato nelle azioni di accertamento della nullità, che non potrebbe



essere tentato in questa sede (cfr., al riguardo, ampiamente, CONSOLO, 951 s).

Viene fatto tuttavia di domandarsi se, anche in questo caso, un rimedio per evitare almeno le conseguenze pratiche dell'aporia di un contratto nullo che, in ipotesi per un'erronea o imprevedibile scelta difensiva dell'attore in giudizio, sia insuscettibile di essere accertato come tale, non possa essere ravvisato nella tecnica argomentativa dell'abuso del diritto, dotata ormai di rilevanza che ben si può definire costituzionale, ex art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. In altre parole, rigettata la domanda di nullità (in particolare, di un contratto a prestazioni corrispettive) proposta dal contraente per una ragione che il giudice abbia reputato insussistente, la successiva pretesa giudiziale dell'altro contraente, imperniata sul medesimo contratto, potrà comunque essere dichiarata inammissibile perché integrante un abuso del diritto di agire in giudizio (e cioè una condotta funzionale ad attribuire alla parte una posizione di vantaggio ulteriore e diversa rispetto a quella che la norma intendeva assicurarle); e, quanto meno ai limitati fini dello scrutinio circa la sussistenza della condotta abusiva, il giudice potrà verificare l'esistenza di una causa di nullità del contratto, non prospettata dalla parte interessata a farla valere nel giudizio dapprima introdotto, anche se gli si ritenga invece precluso, in questi casi, il rilievo officioso della nullità ex art. 1421 cod. civ., benché in chiave meramente oppositiva, per il giudicato formatosi sulla non-invalidità del contratto.

Non appare invece esservi dubbio circa la rilevanza officiosa, in via d'eccezione, e già ex art. 1421 cod. civ. di una causa di nullità diversa rispetto a quella eccepita dalla parte convenuta (cfr. PAGLIANTINI, *La rilevanza officiosa*, 884, nt. 55; ROPPO, 792, *infra*, sez. IV), poiché, in questo caso, si coglie in tutta la sua pienezza la funzione oppositiva del rilievo officioso della nullità (che sarebbe ovviamente vanificata ove si ritenesse il giudice vincolato alla questione di nullità, in ipotesi infondata, sollevata dal convenuto per resistere alla pretesa avversaria).

### III. I precedenti

La sentenza delle sezioni unite, e prima di essa, la corrispondente ordinanza di rimessione (CASS., 28.11.2011, n. 25151, in *Foro it.*, 2012, I, 80; e vedi anche, sul punto, *Annuario del contratto 2011*, diretto da D'ANGELO e ROPPO, Giappichelli, 2012, 135 ss.) offrono, naturalmente, un quadro esaustivo della giurisprudenza di segno conforme o contrario ai principi enunciati dalla medesima e poiché, nei termini che saranno accennati, buona parte delle sentenze affrontano, sia pure talora *obiter*, anche il pro-

blema del rilievo officioso della nullità quando sia stata proposta una domanda di annullamento o di rescissione, appare preferibile indicare, in questo contesto unitario, i precedenti riferibili alle questioni che pure si sono poc'anzi partitamente affrontate.

Si possono, in particolare, rammentare, selezionando tra i precedenti editi, ed in senso contrario alla rilevanza officiosa della nullità di un contratto del quale sia stata domandata la risoluzione, CASS., 12.8.1987, n. 6899, in *Foro it.*, 1989, I, 1937, con nota di MASSETANI; CASS., 18.5.1999, n. 4817, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 620; CASS., 8.1.2000, n. 123, in *Giur. it.*, 2000, 907, con nota di BERGAMO; CASS., 21.2.2003, n. 2637, in *Arch. civ.*, 2003, 1343; CASS., 14.10.2005, n. 19903, in *Foro it.*, 2006, I, 2107, con nota di DI CIOMMO; va anche rammentata, in prospettiva generale, CASS., 10.5.2012, n. 7173, in *Notariato*, 367, che, sulla base della premessa del necessario coordinamento tra regola del rilievo officioso della nullità e principio della domanda, esclude la rilevanza d'ufficio della nullità della donazione per difetto di forma, in un caso in cui tale prospettazione era stata introdotta tardivamente e non si trattava di una domanda di adempimento del contratto nullo.

Quanto ai precedenti di segno favorevole alla predetta rilevanza officiosa, ed anche qui limitando le citazioni alle (più significative) decisioni edite, si vedano CASS., 2.4.1997, n. 2858, in questa *Rivista*, 1998, I, 120, con nota di DE FAZIO, la quale riferisce il principio da essa enunciato anche ai rapporti tra rilevanza officiosa della nullità e domanda di annullamento e di rescissione; CASS., 22.3.2005, n. 6170, *ivi*, I, 2006, 372, con nota di DOTTORE (anche in questo caso il principio è enunciato anche in relazione alle domande di annullamento e di rescissione; la sentenza si segnala anche per avere ritenuto, in termini che sono rimasti in effetti isolati e che sono disattesi anche dalla sentenza delle Sezioni Unite, che l'accertamento incidentale sulla nullità in tal caso svolto dal giudice è idoneo a produrre effetto di giudicato anche circa l'esistenza del rapporto giuridico sul quale la pretesa si sia fondata; cfr., infatti, poco dopo, le puntualizzazioni di CASS., 16.5.2006, n. 11356, in *Corr. giur.*, 2006, 1418, con nota di CONSOLO); CASS., 15.9.2008, n. 23674, in questa *Rivista*, I, 2009, 197, con nota di NARDI (che di nuovo affronta la questione anche con riferimento alla rilevanza officiosa della nullità in caso di domanda di rescissione o di annullamento; questa sentenza si sofferma anche sulla questione della rilevanza d'ufficio di una causa di nullità, quando la nullità sia stata domandata in relazione ad una diversa ragione, affermando che il principio della rilevanza d'ufficio va necessariamente coordinato «oltre che con i suddetti principi dell'intangibilità del giudicato e del-



*l'onere e della disponibilità delle prove» anche «con la regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato» e «con il carattere dispositivo del gravame», traendone il corollario che «il giudice di primo grado o dell'impugnazione non può dichiarare d'ufficio la nullità di un atto negoziale per un motivo basato su fatti diversi e nuovi rispetto a quelli dedotti da chi agisce, e quindi estranei alla materia del contendere»); CASS., 7.2.2011, n. 2956, in *Contratti*, 2011, 677, con nota di PIROVANO (anche quest'ultima sentenza affronta il tema anche con riguardo ai rapporti con l'azione di annullamento e di rescissione, affermando che il giudice deve pronunciare sulle richieste restitutorie anche in relazione alla nullità che abbia rilevato d'ufficio, senza che questo determini la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato).*

#### IV. La dottrina

Anche sul versante dottrinale la circostanza che la gran parte degli scritti si soffermano, in un contesto di trattazioni unitaria, sulle diverse questioni analizzate nel commento che precede suggerisce di accorpare le citazioni.

Lo scritto fondamentale, e classico, sui rapporti tra domanda di risoluzione e rilievo officioso della nullità è quello di IRTI, *Risoluzione di contratto nullo?*, in *Foro pad.*, 1971, 741 ss. (nota a CASS., 18.4.1970, n. 1127).

Il tema del fondamento della rilevabilità officiosa della nullità è stato trattato, in anni più recenti, da MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 669 ss.; CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, *ivi*, 2004, II, 667 ss.; MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, in *Corr. giur.*, 2005, 962 ss. (in nota a CASS., 22.3.2005 n. 6170); PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 753 ss.; ID., in *Dei contratti in generale*, a cura di NAVARRETTA e ORESTANO, *sub art. 1421*, Utet, 2012, III, 667 ss.

Particolarmente importanti, anche per intendere la portata della sentenza delle Sezioni Unite, sono i contributi di CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 941 ss. (e, in precedenza, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto proces-*

*suale civile. I. Le tutele di merito, sommarie ed esecutive*, Giappichelli, 2010, 278 ss., per l'illustrazione dell'oggetto delle domande di accertamento della nullità).

Dall'angolo visuale dello studioso del diritto processuale, cfr. anche GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, Giuffrè, 1967.

Sui tratti attuali del dibattito sulle nullità, cfr., in particolare, e tra gli altri, M. MANTOVANI, *La nullità ed il contratto nullo*, nel *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, IV, *Rimedi*, Giuffrè, 2006, 25 ss.; V. SCALISI, nel *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di CASTRONOVO e MAZZAMUTO, Giuffrè, 2007, II, 479; GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, 2008; DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, 2008; D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, a cura di PAGLIANTINI, Giappichelli, 2009, 12 ss.; *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di BELLAVISTA e PLAIA, Giuffrè, 2011, dove si legge anche il contributo di ALBANESE citato nel testo del commento alle decisioni qui pubblicate (*Non tutto ciò che è "virtuale" è "razionale": riflessioni sulla nullità del contratto*, *ivi*, 301 ss.); ROPPO, *Il contratto*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, 2a ed., Giuffrè, 2011, in particolare 792; GENTILI, *La nullità di protezione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 77 ss.; PAGLIANTINI, *I tratti diafani della nullità contrattuale in cassazione: a proposito della rinuncia preventiva al gravame e nullità parziale ope iudicis*, in *Contratti*, 2012, 845 ss.

Sulla sentenza delle sezioni unite qui pubblicata, si vedano FARINA, *Brevi osservazioni a caldo sull'atteso (ma tutto sommato, solo parziale) responso delle Sezioni Unite sui limiti della rilevabilità officiosa della nullità del contratto*, in *www.judicium.it*; TARANTINO, *Le Sezioni Unite sulla rilevabilità d'ufficio della nullità: sì, anche se è stata chiesta la risoluzione del contratto*, in *Dir. e giust.*, 2012, 765; PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: «eppur si muove»*, in *Contratti*, 2012, 874 ss.

Le notazioni sulla portata dell'art. 1450 cod. civ. sono ispirate alla lettura di CARPINO, *La rescissione del contratto*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2000, 101.

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO